



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 9 - Nº 01 - jan./abr. 2023

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1>

Dossiê

“Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”





Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 12/2022 Programa Editorial)





IBRASPP

EXPEDIENTE / MASTHEAD


EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF


Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO, Brasil; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil; Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)  



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

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

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



Prof. Dr. Andrés Páez (Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia) 

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


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



Prof. Dra. Janaina Matida (Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile)  



EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS



Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)  



Me. Daniela Dora Eilberg (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)  


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



Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Rio Grande, Rio Grande/RS, Brasil)  



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

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

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

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

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

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

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia

Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España

Prof. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

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

Angeles Eraña (Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México,
México)

Anna Carolina Canestraro (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)

Bruno Tadeu Buonicore (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)

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

Clarissa Guedes (Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil)

Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual
do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Elena Laro-González (Universidad de Sevilla, Sevilla, España)

Fabio Shecaira (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ,
Brasil)

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

Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS,
Brasil)

Gabriel Riguetti (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)

Gustavo Poblete (Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile)

Karolina Kremens (Uniwersytet Wrocławski, Wrocław, Poland)

Keity Ferreira de Souza e Saboya (Universidade Federal do Rio Grande do
Norte, Natal/RN, Brasil)

Krzysztof Woźniewski (University of Gdańsk, Gdańsk, Poland)

Laura Álvarez Suárez (Universidad de Oviedo, Oviedo, España)

Leonardo Marcondes Machado (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR,
Brasil)

Manuela Fernández (Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia)

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

Maria Carolina de Melo Amorim (Faculdade Damas - Recife, Pernambuco, Brasil)

Marina Oliveira Teixeira dos Santos (Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha)

Migdalia Arcila-Valenzuela (Cornell University, Ithaca, NY, United States)

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

Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama, Copiapó, Chile)

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

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

Ruiz Ritter (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Thadeu Augimeri de Goes Lima (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Wojciech Jasiński (Uniwersytet Wrocławski – Wrocław, Poland)

Ximena Marcazzolo Awad (Universidad del Desarrollo, Concepción, Chile)

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

Sumário

- 9** Dossiê: “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”
“Epistemic Injustice in Criminal Procedure”
- 11 Editorial of dossier “Epistemic Injustice in Criminal Procedure”
Editorial do dossiê “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”
Andrés Páez
Janaina Matida
- 39 Injustiças Testemunhais Institucionalizadas: A Construção do Mito da Confissão
Institutionalized Testimonial Injustices: The Construction of a Confession Myth
Miranda Fricker
- 65 Injustiça epistêmica: a prova testemunhal e o preconceito identitário no julgamento de crimes contra a mulher
Epistemic Injustice: testimonial evidence and identity prejudice on crimes against women’s trials
Alexsandra Muniz Mardegan
- 101 ¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas
Are There Hermeneutical Injustices in the Law? A Realistic Reading of the Judicial Unintelligibility of Marginalized Experiences
Rachel Herdy
Carolina Castelliano
- 129 Injustiça epistêmica agencial no processo penal e o problema das confissões extrajudiciais retratadas
Agential epistemic injustice in criminal prosecution and the problem with recanted out-of-court confessions
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Thiago de Lucena Motta

- 167 On “epistemic injustice” and victimization in prisons – an empiric exploration into Chilean reality

Sobre injusticia epistémica y victimización en la prisión: una exploración empírica de la realidad carcelaria chilena

Jörg Stippel

Paula Pérez

Marcelo Barria

- 205 A prática de injustiça epistêmica por atribuição de excesso de credibilidade a colaboradores premiados

The practice of epistemic injustice by attribution of credibility excess to awarded collaborators

Sérgio Rodas Borges Gomes de Oliveira

- 237 Jueces e injusticias epistémicas: Recomendaciones institucionales y la interdependencia de lo individual y lo estructural

Judges and epistemic injustices: Institutional recommendations and the interdependence of the individual and the structural

Leandro De Brasi

- 261 ¿Es útil el concepto de injusticia epistémica para los procedimientos penales?

Is the concept of epistemic injustice useful for criminal procedures?

Rodrigo Coloma

Florencia Rimoldi

309 Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of Criminal Procedure

- 311 Principio de ofensa en la suspensión de la pena de falta en la legislación chilena

Offense principle in the suspension of the misdemeanor sanctions under the Chilean law

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa

- 341** **Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal**
Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal
- 343 A extensão da participação da vítima no Acordo de Não Persecução Penal
The Extension of the Victim's Participation in Non-Prosecution Agreements
Beatriz Massetto Trevisan
- 387** **Teoria da Prova Penal**
Criminal evidence theory
- 389 Quais os meios de prova no crime *insider trading* nos Estados Unidos da América? A Metodologia de Análise de Decisões aplicada na busca de respostas
Which are the means of evidence in the insider trading crime in United States of America? the decision analysis methodology applied to search of answers
Ives Nahama Gomes
Mariana Dionísio de Andrade
- 427 The judicial assessment of expert evidence in Polish criminal procedure
A valoração judicial da prova pericial no processo penal polonês
Denis Solodov
- 457 A necessidade de anuência do Ministério Público para a homologação de acordo de colaboração premiada firmado pela autoridade policial
The need for the prosecution's approval to judicially approve the collaboration agreement signed by the police authority
Luísa Walter da Rosa

Dossiê:
**“Injustiça epistêmica nos
contextos penal e processual penal”**

*“Epistemic Injustice in
Criminal Procedure”*


Editorial of dossier “Epistemic Injustice in Criminal Procedure”

Editorial do dossiê “Injustiça epistêmica nos contextos penal e processual penal”

Andrés Páez¹

Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia


apaez@uniandes.edu.co


 <https://orcid.org/0000-0002-4602-7490>

Janaina Matida²

Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile, Chile

rmatida@stj.jus.br

 <http://lattes.cnpq.br/0726953790052272>

 <https://orcid.org/0000-0003-0963-1848>

ABSTRACT: There is a growing awareness that there are many subtle forms of exclusion and partiality that affect the correct workings of a judicial system. The concept of epistemic injustice, introduced by the philosopher Miranda Fricker, is a useful conceptual tool to understand forms of judicial partiality that often go undetected. In this paper, we present Fricker’s original theory and some of the applications of the concept of epistemic injustice in legal processes. In particular, we want to show that the seed planted by Fricker has flourished into a rich field of study in which the concept is used to analyze many different phenomena in law, not always following the original characterization

¹ Ph.D. in Philosophy, The Graduate Center of the City University of New York. Associate Professor, Department of Philosophy and Center for Research and Formation in Artificial Intelligence (CinfonIA), Universidad de los Andes, Colombia.

² Doctor in Law, Universitat de Girona, Spain. Law Professor, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Minister Advisor at the Superior Tribunal of Justice of Brazil.

provided by her. This has led to a distinction between what we will call the *narrow* version of the concept, which is closer to Fricker's original account, and the *wider* version of epistemic injustice, which is a more controversial notion because it is always on the verge of morphing into other well-known concepts like sexism, racial discrimination, oppression, silencing, and gaslighting. We will show that the value of the narrow version is mostly theoretical, and that in order to use the concept of epistemic injustice one must adopt a more liberal understanding of it.

KEYWORDS: Testimonial injustice; hermeneutical injustice; judicial partiality; identity prejudice; racial discrimination; sexual discrimination.

RESUMO: *Há uma crescente conscientização a respeito das muitas sutis formas de exclusão e parcialidade que afetam o correto funcionamento do sistema criminal de justiça. O conceito de injustiça epistêmica, introduzido pela filósofa Miranda Fricker, é uma ferramenta conceitual útil para entender as formas de parcialidade judicial que frequentemente passam despercebidas. Nesse trabalho, nós apresentamos a teoria original de Fricker e algumas aplicações no processo judicial. Em particular, pretendemos demonstrar que a semente plantada por Fricker floresceu e se transformou num campo de estudos rico, no qual o conceito é usado para analisar diversos fenômenos do contexto processual, nem sempre seguindo a caracterização inicialmente oferecida por ela. Isso levou a uma distinção entre o que chamaremos de versão estrita do conceito, mais próxima do tratamento original de Fricker, e uma versão mais ampla de injustiça epistêmica, que é uma versão mais controversa dado o fato de que está sempre no limite de contato com outros conceitos bem conhecidos de todos, como sexismo, discriminação racial, opressão, silenciamento e gaslighting. Nós argumentaremos que o valor da versão mais estrita de injustiça epistêmica é sobretudo teórico, e que, para efetivamente dar-se uso ao conceito de injustiça epistêmica, convém adotar uma compreensão mais liberal dele.*

PALAVRAS-CHAVE: Injustiça testemunhal; injustiça hermenêutica; parcialidade judicial; discriminação racial; discriminação sexual; preconceito identitário.

INTRODUCTION

Socially and politically disadvantaged people are often denied full and equal recognition as knowers. Either their testimony receives an unwarranted credibility deficit owing to an identity prejudice in the receptor of their words, or they are excluded from full participation in power structures that control the discourse and conceptual landscape that help them make sense of their own lives. This type of injustice has been labeled “epistemic injustice” by the philosopher Miranda Fricker. Her influential theory, presented in her book *Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing* (2007), set the stage for the contemporary discussion of the concept.

Fricker’s theory, which has been expanded and modified in subsequent articles, has been very influential in epistemology, ethics, and political philosophy. Only recently did it start to have an impact in the philosophy of law and in legal practice. Although the American and British legal systems seem to remain oblivious to the idea of epistemic injustice (Tuerkheimer, 2017), there is a growing interest in this concept in other regions, including Brazil and Latin America in general. There is a growing awareness that there are many subtle forms of exclusion and partiality that affect the correct workings of our judicial systems. The dossier in this number of the *Brazilian Journal of Criminal Procedure* (RBDPP) is a contribution to the detection of different forms of epistemic injustice in the legal systems of different countries, and an exploration of possible procedural preventive measures and remedies.

In this paper, we want to provide an overview of the theoretical development of the concept of epistemic injustice and to present some of its applications in legal processes. In particular, we want to show that the seed planted by Fricker has flourished into a rich field of study in which the concept is used to analyze many different phenomena in law, not always following the original characterization provided by her. This has led to a distinction between what we will call the *narrow* version of the concept, which is closer to Fricker’s original account, and the *wider* version of epistemic injustice, which is a more controversial notion because it is always on the verge of morphing into other well-known concepts like sexism, racial discrimination, oppression, silencing, and

gaslighting. We will show that the value of the narrow version is mostly theoretical, and that in order to use the concept of epistemic injustice one must adopt a more liberal understanding of it.

The paper is organized as follows. In the first section, we present Fricker's original theory and the refinements that she and others introduced during the following years. We will argue that this narrow version of the theory is of very limited use in law. In section 2, we present more recent developments of the idea of epistemic injustice, with a special focus on testimonial injustice. In section 3, we present some examples of how the notion of epistemic injustice has been used to analyze recent legal cases. Section 4 explores possible remedies to epistemic injustice. In particular, we will argue that the path forward is to focus on institutional and structural reforms.

1. THE NARROW CONCEPT OF EPISTEMIC INJUSTICE

Fricker's theory of epistemic injustice characterizes two different ways in which subjects can be harmed as knowers. The first variety, called *testimonial injustice*, occurs when a person's words are either ignored or receive reduced credibility due to an identity prejudice in the hearer. It is assumed that the speaker has shown no signs of incompetence or dishonesty that might justify the use of a prudential epistemic norm against her. The only reason her words do not receive the credibility they deserve is the hearer's prejudice. The second variety of epistemic injustice, called *hermeneutical injustice*, is not caused by prejudiced listeners but rather by structural social inequalities that impede disadvantaged people from having access to the necessary conceptual apparatus that will enable them to make sense of their own reality and of the harms received within that structure. We will examine both forms of epistemic injustice in turn.

1.1 TESTIMONIAL INJUSTICE

According to Fricker's original definition, a speaker sustains a testimonial injustice if and only if she receives a credibility deficit owing to an identity prejudice in the hearer (2007). This definition allows both

explicit and implicit forms of discrimination. In one of the central examples in the book, Marge Sherwood, a character in the novel *The Talented Mr. Ripley*, tries to communicate her suspicions about Ripley to her father-in-law, Herbert Greenleaf. He openly dismisses them because of the identity prejudices he holds about women. He assumes that women are too emotional to provide a rational assessment of the situation, silences her, and in a clear case of gaslighting (Abramson, 2014), tries to manipulate her to make her doubt her own assessment of the situation.

In later writings, Fricker has restricted the concept of testimonial injustice to the discriminatory effects of *implicit* prejudice, thereby establishing a clear difference between testimonial injustice and explicit discrimination. Her intention is to focus the analysis on those cases that are “easy to miss” (2017, p. 54) because they do not arise from situations involving declared racist or sexist individuals. Under this narrower version of the concept, the examples of Marge Sherwood in *The Talented Mr. Ripley* and of Tom Robinson, the black man accused of raping a white woman in the novel *To Kill a Mockingbird*, do not qualify as cases of testimonial injustice.

Under this narrower conception, to verify the occurrence of a singular instance of testimonial injustice three facts must be established. The first is whether the hearer in fact has an implicit identity prejudice; the second is whether that prejudice was in fact the cause of the unjustified credibility deficit; and the third is whether there was in fact a credibility deficit in the testimonial exchange. As one of us argues elsewhere (Arcila-Valenzuela & Páez, 2022), none of these facts can be established with confidence, and therefore testimonial injustice is an undetectable phenomenon in singular instances. Regarding the first fact, the only way to determine whether the hearer has an implicit identity prejudice as a stable personal trait is using implicit attitude tests such as the IAT (Greenwald et al., 1998). These tests have been recently discredited as measures of individual traits, and no clear alternative has emerged for the empirical study of implicit prejudice (Machery, 2017, 2021). Secondly, even if there were sufficient evidence to prove that the hearer has an implicit prejudice, it is impossible to prove the causal role of that prejudice, given that contextual elements and cognitive biases are also known to play an important role in our perception of people’s

credibility. Finally, the evidence available in a testimonial exchange is never sufficient to determine the “correct” degree of credibility owed to a speaker; it is always underdetermined by the evidence. It is therefore impossible to establish with confidence whether a credibility deficit has occurred.

The legal implication of these evidential problems is that not a single legal decision can be impugned on grounds of testimonial injustice. Doing so would require proving the three facts mentioned above, and we believe this is an impossible task. And if individual legal decisions cannot be changed on that basis, it is a concept that is of great theoretical interest, but one that lacks the potential to be used in the analysis of real legal scenarios. As we will see in the next section, other authors are aware of the limitations of Fricker’s original characterization and have offered more liberal accounts. In particular, there is a shift in focus from psychological to structural causes of discrimination, as we will see in section 2.

1.2 HERMENEUTICAL INJUSTICE

Many aspects of human experience are poorly understood because we either lack the relevant concepts or the expressive tools to communicate that experience to others. When people belong to a group with scarce social power, they will have less influence over the discussion of social experiences. The collective hermeneutical resource will more likely be attuned to the experiences of the more powerful social groups. A hermeneutical injustice occurs when “a gap in our collective hermeneutical resources puts someone at an unfair disadvantage when it comes to making sense of their social experiences” (Fricker, 2007, p. 1). While testimonial injustice is the result of individual prejudice, hermeneutical injustice is a structural problem in which prejudice has become ingrained in the social fabric.

The most famous example of hermeneutical injustice—which fortunately found a remedy through social activism—is the story of how the term “sexual harassment” became part of the collective conceptual resources available to women who had to endure unwanted sexual advances in the workplace without being able to understand exactly

why they were being harmed. The term appeared in the 1970s in the context of the feminist movement in the United States, after many women repeatedly described being fired because they were harassed and intimidated by men. Lin Farley and her colleagues at Cornell University crafted the term “sexual harassment” to describe the problem and generate interest in the issue (Farley, 1978). In that way, a hermeneutical resource previously unavailable became a useful tool for these women to understand the situation and seek remedy. Catharine MacKinnon (1979) is usually credited with being the first person to offer a legal formulation of the concept.

One might be tempted to attribute hermeneutical injustice to sheer bad luck or bad timing, like being affected by a disease that had not been discovered or understood by medical science at the time. Furthermore, some might argue that sexual harassers are also harmed by the lack of hermeneutical resources, and therefore, that it is incorrect to think of the situation as an injustice that only affects women. Fricker argues forcefully against both claims. In the case of sexual harassment, the gap in our collective hermeneutical resources affects women to a far larger extent than men. The harm endured by women is incomparably greater than that endured by men. This differential effect is unjust. Furthermore, this injustice is not just bad luck. The hermeneutical gap “derives from the fact that members of the group that is most disadvantaged by the gap are, in some degree, *hermeneutically marginalized*—that is, they participate unequally in the practices through which social meanings are generated” (Fricker, 2007, p. 6).

Unlike the case of testimonial injustice, Fricker’s account of hermeneutical injustice does not suffer from evidential problems. The example of sexual harassment makes it clear that it is a real social phenomenon, and since no one is individually accountable for it, there is no need to prove individual responsibility. Some authors have pointed out, however, that Fricker’s account is one species of a more general genus. While many structural inequalities are the result of the social and political forces that shape different societies, it must be acknowledged that some structural inequalities are willfully preserved by a dominant group, creating what Pohlhaus (2012) calls a state of “willful hermeneutical ignorance.” It occurs, in her view, “when dominantly situated knowers

refuse to acknowledge epistemic tools developed from the experienced world of those situated marginally. Such refusals allow dominantly situated knowers to misunderstand, misinterpret, and/or ignore whole parts of the world” (p. 715). Building on the idea of willful hermeneutical ignorance, Dotson (2012) argues that hermeneutical ignorance can also be generated by forcefully excluding groups or individuals from the discussion of social experiences. She calls this obstruction of a person’s epistemic agency, “contributory injustice” (p. 31).³ On a more hopeful and pluralistic note, Medina (2012) argues that instead of looking for gaps in the hermeneutical resources of society as a whole, one should take into account that many disadvantaged groups create their own interpretative resources. In his book, *The epistemology of resistance* (2013), Medina argues that knowers have a “shared responsibility with respect to epistemic justice for the correction of blind spots and social insensitivities associated with racism and (hetero)sexism” (p. 25). He suggests that members of privileged groups who cannot understand the experience of less privileged members of society have an obligation to abandon their comfort zone and seek “epistemic friction” (p. 26) that will sensitize them to the experiences of the disadvantaged.

2. A WIDER CONCEPT OF TESTIMONIAL INJUSTICE

Given the limitations of Fricker’s original concept of epistemic injustice, there is a worry that many forms of epistemic wrongs can go undetected. Anderson (2012), Dotson (2012, 2014), and Pohlhaus (2017) have argued for a wider conception of epistemic injustice. Anderson, for example, states that “we need to get past the prejudice model of testimonial injustice and consider other ways in which disadvantaged social groups can be unjustly denied credibility” (2012, p. 169). In this section we will examine some criticisms of Fricker’s original proposal, and some of the alternative ways of understanding the concept that can be found in the literature. Due to space restrictions, we will only be able to discuss the case of testimonial injustice.

³ Fricker’s response to Pohlhaus and Dotson can be found in “Epistemic injustice and the preservation of ignorance” (2016).

The opening example of Fricker's original account of testimonial injustice is of a racially charged testimonial exchange between the police and a black person who is disbelieved because of his race (2007, p. 1). The example reveals Fricker's intention to motivate a socially relevant discussion focused on *systematic* cases of testimonial injustice. Systematic in this case means that there are prejudices "that track the subject through different dimensions of social activity—economic, educational, professional, sexual, legal, political, religious, and so on" (p. 27). Her interest is not in *incidental* cases of testimonial injustice. If a journal rejects a scientist's paper because the editors have a prejudice against a certain research method, the reduced level of credibility harms the scientist as a knower. However, the prejudice in question does not affect the person in other spheres of his or her life.

Fricker's reconstruction of these systematic cases is valuable as a conceptual tool that makes visible many injustices present in the epistemic transactions of social life. It is a contribution to the changes that are necessary to build a more just and equalitarian society. The powerful instrument she has crafted has allowed others to look beyond the conceptual horizon that she originally established. Jennifer Lackey, for example, has argued that the concept of testimonial injustice should be expanded to include credibility excesses. Fricker briefly considers such cases, but she believes that they are not a form of injustice at all because the subject normally suffers no harm. On the contrary, it creates opportunities and raises his self-confidence. These benefits are incomparable to the harm caused by the prejudices that reduce the credibility of an agent. Secondly, although Fricker recognizes that excess credibility might, over time, make a person arrogant and dogmatic to the point that these characteristics can prove disadvantageous to the subject, she thinks it is not reasonable to bring under the same conceptual umbrella the harms created by credibility deficits and excesses. The former occur in individual cases while the latter are the cumulative effect of many instances of credibility excess: "I do not think it would be right to characterize any of the individual moments of credibility excess that such a person receives as in itself an instance of testimonial injustice, since none of them wrongs him sufficiently in itself" (p. 21).

Lackey is not convinced by this argument. She presents cases in which credibility excess produces immediate harm. For example, suppose a black man is regarded as a drug expert just because of his race (Lackey, 2018, p. 153). It is a case of unwarranted excess credibility because there is no reason to infer from the man's race that he should know more about drugs than a non-black person. Also, it produces immediate harm to the person, who will feel disrespected and whose job, personal affairs, and perhaps even his legal status might be affected by his unwanted role as a drug expert.

Lackey's objections to Fricker's proposal go even further. In particular, she wants to reflect on the idea of credibility excess in general. "It is worth pausing here to reflect on the notion of credibility excess in greater detail, especially as it relates to testimonial injustice" (p. 150). A first case occurs when the hearer attributes an unwarranted excess credibility to his own beliefs. Despite having evidence that the speaker is offering valuable testimony, the hearer ends up giving more credibility to his own beliefs despite lacking rational support for them. The example she offers is of a male scientist who disbelieves the claims made by his female colleagues, despite their expertise and the concrete evidence they offer for the claims they make. These epistemic interactions bring out the scientist's sexist prejudice, which blocks him from giving a fair hearing to what his female colleagues say and automatically leads him to privilege his own opinions. Subjects with racist, sexist or classist prejudice tend to replicate such cases of excess credibility in multiple dimensions of social life, generating systematic testimonial injustice. One wonders, however, whether this variety of testimonial injustice is sufficiently different from racism, sexism, and classism as they have been traditionally understood to merit a new conceptualization.

Lackey also calls our attention to cases in which hearers give excess credibility to their peers. To deal with these cases, Lackey indicates that it is necessary to look at the entire conversational context in order to map several epistemic transactions and not just the one that takes place between a hearer and a speaker. It is possible that the credibility due to a speaker A is not recognized because speaker B is unfairly considered the best source of knowledge. The excess credibility conferred on B, in this case, corresponds to the deflated credibility that was no longer

attributed to A (p. 154). This idea clashes with the conceptual contours initially elaborated by Fricker because, according to Fricker, credibility is not subject to distributional problems. It is not a good that, by giving a lot to one person, one runs the risk of leaving another without his share. It is therefore not like land, food, medical care, etc. (Fricker, 2007, pp. 19-20). But is it really not? Let us examine the problem of credibility in the criminal justice system, which is the context that eventually led Fricker to modify her original position on excess credibility.

In criminal justice, where criminal facts are under discussion, the result of the process will ultimately depend on who managed to have their version of the facts as more worthy of credence. In cases of sexual violence, for example, giving credibility to the victim's word is equivalent to denying credibility to the explanatory version offered by the accused. In cases of drug trafficking, a decision based on what was stated by the police means disregarding the factual hypothesis pointed out by the defense and the defendant. And that is what courts do, it must be said, almost by default. In situations like these, in which epistemic transactions are a credibility competition between subjects, excess credibility and reduced credibility are two sides of the same coin.

In addition, it is important to highlight that, unlike incidental testimonial injustices that occur in other contexts, such as scientific and academic exchanges, the testimonial injustices that occur within the sphere of criminal justice are systematic. They are experienced by subjects who already suffer injustices in other dimensions of social life due to their disadvantaged status. Nor should it be forgotten that criminal justice deepens these layers of injustice because it serves to further marginalize its victims: anyone involved in a criminal process (sometimes, conviction is not even necessary) will come to be seen as an unworthy person in several other cases, i.e., stigmatized as a criminal.⁴ This is why the correct distribution of credibility within the criminal system is especially relevant.

Fricker's support for Lackey's redefinition of testimonial injustice, as we mentioned above, was largely due to the latter's analysis of the

⁴ A defendant who was not convicted, but who underwent precautionary measures (such as asset seizure, search and seizure, and preventive detention) will hardly leave the justice system intact, even if he is acquitted.

justice system. Before addressing Fricker's current position, let us consider what Lackey (2020) calls "agential epistemic injustice." The terminology chosen by the author refers to a type of testimonial injustice that occurs because the speaker's epistemic agency is neutralized through the use of techniques such as psychological manipulation, coercion, degrading treatment or torture. He is prevented from acting as an epistemic subject. Under pressure, the subject ends up declaring what the prosecutors want him to say. Once he recovers his autonomy and has his epistemic agency restored, the subject retracts what he previously reported.

Lackey points out the paradox in the traditional legal treatment of statements obtained through coercion: when the subject is least in a position to transmit useful information and provide reliable reports of reality, that is when he will have more credibility. "Indeed, the excess given in false confessions quite literally amounts to the state saying that confessors are knowers with respect to the testimony in question only insofar as they are not epistemic agents" (2020, p. 60). From this questionable logic, the confession that was extracted through mistreatment gives rise to an epistemic injustice of the agential type. The injustice is made worse after the forced confession is obtained. Once the agent recovers his epistemic agency, the retraction he offers through the autonomous exercise of his intellectual faculties is promptly discredited.

Investigative-evidential practices are based on the mistaken premise that torture, threat, and degrading treatment represent a fruitful way for the better reconstruction of the facts. We know that this is not correct: when we are put under physical and psychological suffering, we are both encouraged to lie, and depending on the intensity of the procedure, we become more subject to false memories. In these cases, not only does the subject issue false statements about the facts, but he starts to believe in them. That is what happened to Michael Crowe, a 14-year-old teenager, who after 27 hours of police interrogation, came to believe that he had murdered his sister: "I'm not sure how I did it. All I know is I did it."⁵ As underlined by Drizin and Colgan (2004, p. 141) when looking into the case, even though Crowe then believed that he

⁵ Michael Crowe's interrogation can be seen in the following video: <https://www.youtube.com/watch?v=yJcqjPxtIXc&t=345s>

had taken his sister's life, he was unable to give details of how he had done it. Crowe was prosecuted and convicted. Fortunately, by a stroke of luck, evidence (DNA) was found that the crime had been committed by Raymond Tuite. However, even after being acquitted, the damage caused to Crowe and his family by this flawed investigation is undeniable. Epistemic injustice of the agential type is the main vector of production of these damages. It combines with "tunnel vision" (Meissner & Kassir, 2004; Findley & Scott, 2006), working as the perfect combination to make decisions with total disregard for the evidence and the search for truth. And if this happened to Crowe, a white, middle-class teenager, it is not difficult to imagine what is systematically done against black people. According to this logic, the criminal justice of different legal systems is an instrument of control of the most vulnerable portions of the population.

Lackey (2022) points out that something similar occurs with eyewitness identification testimony. Examining the problem in the US criminal system (and replicated in many other systems), Lackey observes that the practices traditionally applied by the police in eyewitness identification are manipulative, deceptive, or coercive. Through epistemically questionable procedures, the justice system distorts the memory of the victims/witnesses and makes them certain that the culprit is right in front of them. This is a case of epistemic agential injustice to the extent that excess credibility is given to an identification obtained through manipulation and suggestion, that is, taking the witness as a knower precisely when her chances of acting as a knower have been obstructed. Techniques such as biased instructions ("we caught the culprit and we need you to come and recognize him"), show up (either by photo or in person), positive feedback ("you correctly identified the culprit!") are just some of the ways in which the witness' epistemic agency is curtailed at the time of the identification test.

These are the kind of arguments that led Fricker to accept that the concept of testimonial injustice also applies to cases of excess credibility. In "Institutionalized testimonial injustices: The construction of a confession myth," translated into Portuguese for this number of the RBDPP, Fricker points out that these cases constitute institutionalized testimonial injustices:

I would like here to contribute a further thought among the various suggestions in the context in the literature, and in particular to pick up on Jennifer Lackey's recent suggestion that there is a distinctive and important kind of testimonial injustice she calls "agential testimonial injustice," which is exemplified in the phenomenon of false confession in the context of police interrogation. This is what I shall build around to advance the idea of institutionalized testimonial injustices" (Fricker, 2023, pp. 45-46).

Her objective is to underline the role of institutions in consolidating agential injustice in the justice system, resisting an approach that presents individual practices as the main problem to be solved. Thus, while it is true that Fricker still defends the pertinence of the epistemology of virtues and continues working on vices and virtues, she does so as a strategy for building an institutional ethos compatible with the value of avoiding unjust convictions: "I would urge that when we are concerned with some of our most important values, such as not convicting the innocent, the more ethically laden language of virtue and vice is surely apt because we care about the institutional ethos that departs from those values" (Fricker, 2023, p. 47).

In developing her argument, Fricker rightly points to the incorporation of the REID interrogation model (Inbau et al., 2005) into the training of US investigators and law enforcement. REID interrogation consists of a combination of steps that must be followed with the direct objective of obtaining a confession. These steps, in turn, correspond to three phases: custody and isolation (the suspect is detained and isolated; anxiety and uncertainty are generated in order to weaken resistance); confrontation (the suspect's guilt is assumed and he or she is confronted with alleged incriminating evidence that may not be genuine, denials are rejected, even if they happen to be true, and the consequence of continued denial is emphasized), and minimization (the interrogator tries to gain the suspect's trust and provides face-saving excuses for the crime, including suggesting that it was an accident or that the victim deserved it). It is not difficult to see why the REID method is flagged by psychology experts as a facilitator of false confessions (Moscatelli, 2020). Fricker correctly argues that incorporating REID interrogations into American police investigations represents the institutionalization

of a biased presumption of guilt, insofar as it ascribes vicious epistemic powers to investigators.

Fricker dissects the vicious testimonial interactions in question into three phases:

- An initial implementation of the prejudice of presumption of guilt by adopting the REID method.
- A second phase in which the agential testimonial injustice is carried out (since the questioned person is denied the possibility of intellectual agency, he confesses and is attributed excess credibility).
- A last phase in which he recants his testimony, without, however, being able to reverse the effects unfairly generated by the previous confession.

This behavior is not just the result of the individual choices of the interrogators. As emphasized by Fricker, the institutional component of the criminal system is strongly present in each of the three stages. The police, as an institution, train their investigators to extract confessions that lack epistemic reliability, especially from the most vulnerable segments of the population. We agree with her emphasis on the institutional character of this dynamic. From the beginning of a criminal investigation, to its culmination in an erroneous conviction, a criminal action goes through various stages and has the participation of various actors and, of course, various institutions. It would be interesting if future research were dedicated to detailing the different institutional contributions that, in addition to police officers, prosecutors, public defenders, and judges, lead to an unjust conviction.

The approach that highlights the institutional aspect of epistemic injustice certainly helps in building more robust and potentially more efficient solutions to a problem with such deep roots. Thus, Fricker's recent position, embracing Lackey's more liberal conceptual proposal, ends up ensuring greater practical applicability of the concept of epistemic testimonial injustice.

This institutional focus can be complemented by José Medina's approach to epistemic injustice. Medina underscores the need to extend our gaze beyond inter-individual epistemic transactions to capture not just a

single moment, but the multiple transactions that make up social life. Even before Lackey, Medina had already pointed to excess credibility as a kind of testimonial injustice (Medina, 2011). In Medina's terms, the detection of epistemic injustice requires looking at chains of social interactions that cannot be reduced to isolated pairs: "Because epistemic injustices are temporally and socially extended, they call for a sociohistorical analysis that contextualizes and connects sustained chains of interactions, being able to uncover how contributions to justice and injustice appear and develop in and cross sociohistorical contexts" (p. 17).

In our view, Medina's contextualist proposal is adequate to make visible the unfair distribution of credibility in social life. Furthermore, it can and should be combined with Fricker and Lackey's institutional proposals to provide a greater critical understanding of why our institutions work the way they do (and not as we would like them to). The complementary nature of these approaches becomes clearer from reading "Epistemic activism and the politics of credibility: Testimonial injustice inside/outside a North Carolina jail" (Medina & Whitt, 2021). In this article, the authors focus on the reality of pre-trial detainees at a North Carolina jail and detect that inmates are systematically victims of testimonial injustice. The stigmatization that has already marked them as defendants means that they are not regarded as knowers, even when it comes to their living conditions. Who better than them to give a testimony about what it's like to be a detainee? Paradoxically, precisely because they have this "expertise" (because they were labeled as suspects), their testimony will not be taken into account: "They are viewed as unreliable in many senses, including in their capacity as truth-tellers and narrators of their own experiences" (p. 299).

In this context, the authors introduce an organization called the Inside-Outside Alliance (IOA). In a scenario of almost total invisibility of those in custody and their living conditions, the IOA began to bridge the gap between prisoners and the world beyond bars. They work to pressure institutions and political powers to guarantee the dignity of detainees. Medina and Whitt point to the importance of this relationship between the oppressed and their allies, calling the political engagement that results from it "epistemic activism." The name makes sense, since the purpose behind organizations such as the IOA is to amplify the voice

of detainees, contributing to their epistemic empowerment process. This epistemic empowerment, in turn, has the potential to encourage greater organization inside the prison, and thus to develop ways of collectively resisting, as far as possible, institutional attempts to silence their voices. Finally, we believe that Medina and Fricker's recent ideas seem to go hand in hand, even though Medina remains more practical than Fricker. But the point is that both Fricker and Medina argue that it is essential to think of solutions that include institutions and not just individuals. Although Fricker always says that the political dimension that contemplates structural solutions to epistemic injustice was already present in her 2007 work, it is clear that the proposals that followed contributed substantially to bring out the political dimension of the problem. It was this movement that generated the broader version of the concept, transforming it into a useful tool for various dimensions of social life, including the scope of criminal justice.

3. APPLICATIONS OF THE CONCEPT IN RECENT LEGAL CASES

The concept of epistemic injustice has started to appear in judicial opinions and analyses in several countries around the world. Here we want to present some examples of how it has been used, sometimes in a very liberal sense that does not square easily with Fricker's original characterization, which we described in section 1.

One of the main areas in which epistemic injustice has been a useful tool of analysis is in cases of sexual violence against women. There are deeply ingrained doubts about the veracity of women alleging rape. There is plenty of evidence that credibility discounts are routinely meted out by police officers, prosecutors, judges, and jurors in cases of sexual violation (Tuerkheimer, 2017, p. 3). Also, the way that sexual violence in general, and rape in particular, is defined in many legal codes can be seen as a case of hermeneutical injustice. There is a strong tendency to associate rape with force and violence. This ignores the fact that many cases of sexual assault occur within the household and the rapist is someone the victim knows well. Many women offer no resistance in such cases and are not even sure whether they constitute rape under the law;

for example, many women believe marital rape does not fall under the definition of rape and do not report it. The absence of violence is often used to dismiss rape accusations, an attitude that reinforces the idea that women are untrustworthy and emotionally unstable (p. 25). In Debra Jackson's words,

When it comes to experiences of sexual harassment and sexual assault, the testimony that elicits social and legal response is generally restricted to that which conforms to social scripts about legitimate victims. For example, affluent white women who are sexually assaulted by strangers and suffer substantial injuries are the most likely to be believed. Their experience fits the model of "real rape." But those whose experiences do not conform to the model of "real rape" are those which are denied uptake and choral support. Women who are sexually assaulted by acquaintances are unlikely to be believed due to the wide acceptance of rape supportive attitudes (2018, p. 5).

In Colombia, the Special Jurisdiction for Peace (JEP) explicitly uses the concept of testimonial injustice in its *Communication Protocol with Victims of Sexual Violence* (Jurisdicción Especial para la Paz, 2018). The concept is used to avoid revictimization and stigmatization of women and LGBTI victims in the Colombian internal armed conflict.

In the case of Brazil, epistemic injustice has become a very useful conceptual tool to give visibility to the unequal economy of credibility that characterizes its criminal justice system. Women have their credibility reduced both when they are victims and when they are accused of having committed a crime. When they look for the police to report having suffered a gender crime such as sexual assault or domestic violence, their testimony is commonly received with distrust. Sexism permeates the reasoning patterns of most police officers. And because they assume they probably won't be considered knowers, Brazilian women stop seeking police help in most cases.⁶ This is an example of what Dotson (2011)

⁶ According to the recently issued report "Visível e Invisível 2023," which interviewed 1042 women in 126 Brazilian cities in January 2023 to detect violence against them in the last 12 months, 28.9% of the women answered affirmatively to the question about whether they suffered any violence during

calls “testimonial smothering,” a silencing practice in which speakers recognize that their audience is unwilling to offer them a fair hearing, and therefore limit their testimony. Dotson regards testimonial smothering as a form of epistemic violence.

As expected in male-dominated societies such as Brazil, women continue to have their reports disregarded when they sit in the dock. Accused women who are mothers of children under the age of 12 have the right to replace pre-trial detention with house arrest,⁷ but despite this, their reports about their family situation are systematically disregarded by magistrates, male and female alike. In their view, these mothers need to prove that their children really need them. That is, these judges deny giving credibility to the women’s reports because they give themselves excess credibility. From the pedestal of their experience, they believe that they are the ones who know best what happens in the lives of those families, never the mothers. This is what the “Free Mothers 2021” report issued by the IDDD (*Instituto de Defesa do Direito de Defesa*) shows.⁸

Finally, it would not be possible to leave out the testimonial injustices that the Brazilian justice system commits against the black population, from the preliminary investigation to the almost automatic condemnatory outcomes. The convictions of innocent people on the basis of invalid witness identification can be examined from the perspectives of Lackey and Fricker. In investigations of thefts, it is often the case that the word of the defendant (black, poor and from the *favela*) is not taken

this period. Of these, only in 22.6% of cases did the victim decide to go to a police station. 45% of the women responded that they did nothing in the face of aggression. The report is available here: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/03/visiveleinvisivel-2023-relatorio.pdf>

⁷ As established by Law 13.769/18 and by the collective HC n. 143.641/SP of the Supreme Court.

⁸ In 2020, IDDD went to the Pirajuí Women’s Penitentiary, in the interior of São Paulo, which guards 196 women. 152 women answered the question about whether they had children under 12 years old. The answer of 105 of them (69%) was affirmative. Their right was systematically violated because their testimony was discredited by the Brazilian justice system. The report is available here: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Maes_Livres_IDDD.pdf.

into account. When he is heard (because in many cases he is not even heard at all), his version is quickly disqualified. Recently, the Superior Tribunal of Justice had the opportunity to acquit Alexandre Augusto Andrade da Resurreição (HC n. 790.250, Min. Rogerio Schietti), unjustly convicted by the Court of Justice of Rio de Janeiro. The version of the facts offered by the accused was that the car used in the theft of which he was accused had been his, but that he had sold it, and that he was home exchanging audios with friends on WhatsApp during the time of the theft. Despite proof of sale of the car, Alexandre, who is a public servant of the respected Oswaldo Cruz Foundation (Fiocruz), with a college degree and enrolled in a master's degree in pharmacy, was convicted because the victim recognized him, based on his photograph, with 100% certainty. The formula consists of combining agential testimonial injustice against the victim (who is subjected to a vitiated witness identification method and who, despite not having been able to exert his epistemic agency, has credibility attributed) and reduced credibility against the accused, who, even in the presence of exculpatory evidence, is disregarded as a knower.

In addition to these contaminated cases of witness identification, it is also important to trace those cases in which excessive credibility was automatically attributed to the police without any concern for obtaining other versions. During police operations, police statements are systematically given more credibility than the testimony of victims of police violence. In one case, the police version was deemed more credible than that of two relatives of the people who died during the operation (Matida, 2020). In addition, at the end of 2021, the STJ decided to acquit a young adolescent (AgResp n. 1.940.381/AL, Min. Ribeiro Dantas) previously convicted of an infractional act equated to the crime of homicide based only on testimony given by a police officer who had not even witnessed the events (hearsay testimony). The hypothesis of legitimate defense offered by the accused was never investigated, which meant a lost chance to present exculpatory evidence (Morais da Rosa & Rudolfo, 2017). There was an undeniable reduction in credibility for the accused because unwarranted credibility was attributed to the police (Matida et al., 2022; Nardelli, 2023). It is worth mentioning that, in this case, a judicial decision expressly mentions the epistemic injustice committed against the accused.

4. REMEDIES FOR EPISTEMIC INJUSTICE

In this final section we want to briefly focus on *remedies* to epistemic injustice. Fricker's original solution to both testimonial injustice and hermeneutical injustice is the cultivation of two corresponding virtues. The virtue of *testimonial justice* allows the hearer to detect and correct the influence of identity prejudice on his or her credibility judgments (2007, p. 6). The virtue of *hermeneutical justice* "is an alertness or sensitivity to the possibility that the difficulty one's interlocutor is having as she tries to render something communicatively intelligible is due not to its being a nonsense or her being a fool, but rather to some sort of gap in collective hermeneutical resources" (p. 169). Both solutions assume that hearers will be able to identify instances of epistemic injustice that need to be corrected. This is a highly dubious assumption in the case of testimonial injustice, as we argued in section 1. Even if hearers could identify these instances, prejudice is difficult to control and correct even by the most conscientious and well-intentioned agents (Alcoff, 2010). The failure of implicit bias training programs adopted by many police departments around the world is further proof of the difficulties of attempting to correct for prejudice at the individual level (Carter et al., 2020).

From her presentation in *Epistemic injustice*, one might end up with the impression that Fricker only defends an individualistic solution to both forms of injustice. On the contrary, in several subsequent publications (e.g., 2010, 2012) she has argued that to counter systematic discrimination it is necessary to think in terms of collective virtues and responsibilities. Only collective action and stronger institutions can offer some resistance to systematic discrimination. Such changes shift responsibility for the prevention and mitigation of implicit prejudice from individual agents to institutions. Nonetheless, in Fricker's view these structural changes require the agency of virtuous individuals who can promote and jumpstart them.

Other authors have developed further the idea of virtuous institutions. Anderson (2012), for example, argues that instead of focusing on individual virtues we should concentrate on the general principles that govern our systems of testimonial gathering and

assessment. Just like transactional theories of justice can lead to disastrous consequences for the collective, individual theories of virtue that only regulate “the local properties of transactions and not their global effects” (p. 164) can be cumulatively bad even when all individual interactions are epistemically just. Structural or systemic theories of justice—for example, Rawls’ (1971) theory of justice—impose constraints on permissible rules to control “the cumulative effects of individual transactions that may be innocent from a local point of view” (p. 164). In a similar vein, Anderson argues, the rules that govern our epistemic practices can be designed to keep in check the effect of prejudice, “at least in institutional settings such as criminal and civil trials” (p. 168). Such structural remedies can be seen as virtue-based remedies for collective agents. Among the areas that are ripe for structural intervention are: differential access to markers of credibility such as high-quality education and the use of standardized grammar; ingroup favoritism, or bias in favor of groups to which one belongs; and the shared reality bias, which is the tendency of individuals who interact frequently to converge in their perspectives about the world. Both ingroup favoritism and the shared reality bias “will tend to insulate members of advantaged groups from the perspectives of the systematically disadvantaged” (p. 170). This isolation generates hermeneutical injustice, which in turn exacerbates structural testimonial injustice, “as it is hard to give credence to people whom one finds unintelligible” (p. 170). Institutions that promote epistemic virtues will thus be an antidote to both forms of epistemic injustice.

As Anderson points out, filling out the details of all the possible institutional changes that will prevent, mitigate, or correct epistemic injustice would fill many books. We would add that the remedies are not universal and, at least in the case of the judicial system and its rules of procedure, they should be attuned to the specific socioeconomic circumstances in which the law is applied. Finally, any reform of the judicial system that pretends to tackle the problem of prejudice and unwarranted stereotypes must be based on solid evidence provided by the social sciences and not on wishful thinking (Páez, 2021).

5. CONCLUSION

In this paper we have presented a general outlook of the concept of epistemic injustice, with a special focus on testimonial injustice, from its origin in the work of Fricker, to some of the most recent developments, including its application in legal contexts. We can detect a shift in focus from singular discursive exchanges distorted by prejudice —what we have called the narrow version of the concept— to a wider conception that focuses on social and knowledge structures whose epistemic rules and principles have discriminatory effects. Lackey, Anderson, Medina, Dotson, Pohlhaus, and Fricker —in her most recent work— all highlight the institutional aspects of testimonial injustice. This shift in focus helps in building more robust and potentially more efficient solutions to a problem with such deep roots.

REFERENCES

- ABRAMSON, Kate. Turning up the lights on gaslighting. *Philosophical Perspectives*, v. 28, p. 1-30, 2014.
- ALCOFF, Linda M. Epistemic identities. *Episteme*, v. 7, n. 2, p. 128-137, 2010.
- ANDERSON, Elizabeth. Epistemic justice as a virtue of social institutions. *Social Epistemology*, v. 26, n. 2, p. 163–173, 2012.
- ARCILA-VALENZUELA, Migdalia; PÁEZ, Andrés. Testimonial injustice: The facts of the matter. *The Review of Philosophy and Psychology*. 2022. DOI: 10.1007/s13164-022-00662-w.
- CARTER, Evelyn R., ONYEADOR, Ivuoma N., & LEWIS, Neil A., Jr. Developing & delivering effective anti-bias training: Challenges & recommendations. *Behavioral Science & Policy*, v. 6, n. 1, p. 57–70, 2020.
- DOTSON, Kristie. Tracking epistemic violence, tracking practices of silencing. *Hypatia*, v. 26, n. 2, p. 236–257, 2011.
- DOTSON, Kristie. A cautionary tale: On limiting epistemic oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, v. 33, n. 1, p. 24–47, 2012.
- DOTSON, Kristie. Conceptualizing epistemic oppression. *Social Epistemology*, v. 28, n. 2, p. 115–138, 2014.

DRIZIN, Steven A.; COLGAN, Beth A. Tales from the juvenile confession front. A guide to how standard police interrogation tactics can produce coerced and false confessions from juvenile suspects. In: LASSITER, G. Daniel (ed.). *Interrogations, confessions and entrapment*. Kluwer Academic, 2004. p. 127-162.

FARLEY, Lin. *Sexual shakedown: The sexual harassment of women on the job*. McGraw-Hill, 1978.

FINDLEY, Keith A.; SCOTT, Michael S. The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases. *Wisconsin Law Review*, 2006, p. 291-397.

FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FRICKER, Miranda. Can there be institutional virtues? In: GENDLER, Tamar Zsabo; HAWTHORNE, John (eds.). *Oxford studies in epistemology. Volume 3*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 235-252.

FRICKER, Miranda. Silence and institutional prejudice. In: CRASNOW, Sharon L.; SUPERSON, Anita M. (eds.). *Out from the shadows: Analytical feminist contributions to traditional philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 287-306.

FRICKER, Miranda. Epistemic injustice and the preservation of ignorance. In: PEELS, Rik; BLAAUW, Martijn (eds.). *The epistemic dimensions of ignorance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 160-177.

FRICKER, Miranda. Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLHAUS, Gaile Jr. (eds.). *Routledge handbook of epistemic injustice*. New York: Routledge, 2017. p. 53-60.

FRICKER, Miranda. Injustiças testemunhais institucionalizadas: A construção de um mito de confissão. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 1, p. 39-64, 2023.

GREENWALD, Anthony G.; MCGHEE, Debbie E.; SCHWARTZ, Jordan. Measuring individual differences in implicit cognition: The implicit association test. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 74, p. 1464-1480, 1998.

INBAU, Fred E., REID, John E., BUCKLEY, Joseph P., & JAYNE, Brian C. *Essentials of the Reid technique: Criminal interrogation and confessions*. Sudbury, MA: Jones and Bartlett, 2005.

JACKSON, Debra L. "Me too": Epistemic injustice and the struggle for recognition. *Feminist Philosophy Quarterly*, v. 4, n. 4, Article 7, 2018.

JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ. *Protocolo de comunicación de la Unidad de Investigación y Acusación con víctimas de violencia sexual*. Bogotá: JEP Unidad de Investigación y Acusación (UIA), 2018.

LACKEY, Jennifer. Credibility and the distribution of epistemic goods. In: MCCAIN, K. (ed.). *Believing in accordance with the evidence. New essays on evidentialism*. Cham: Springer, 2018. p. 145-168.

LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 110, p. 43–68, 2020.

LACKEY, Jennifer. Eyewitness testimony and epistemic agency. *Noûs*, v. 56, n. 3, p. 696–715, 2022.

MACHERY, Edouard. Do indirect measures of biases measure traits or situations? *Psychological Inquiry*, v. 28, n. 4, p. 288–291, 2017.

MACHERY, Edouard. Anomalies in implicit attitudes research. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Cognitive Science*, p. e1569, 2021.

MACKINNON, Catharine. *Sexual harassment of working women: A case of sex discrimination*. New Haven: Yale University Press, 1979.

MATIDA, Janaina. É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. *Limite Penal*, May 22, 2020. Available in: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal>

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel; NARDELLI, Marcella M. A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta. *Conjur*, March 4, 2022. Available in: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/limite-penal-injustica-epistematica-oficialmente-pauta>

MEDINA, José. The relevance of credibility excess in a proportional view of epistemic injustice: Differential epistemic authority and the social imaginary. *Social Epistemology*, v. 25, n. 1, p. 15-35, 2011.

MEDINA, José. Hermeneutical injustice and polyphonic contextualism: Social silences and shared hermeneutical responsibilities. *Social Epistemology*, v. 26, n. 2, p. 201–220, 2012.

MEDINA, José. *The epistemology of resistance: Gender and racial oppression, epistemic injustice, and resistant imaginations*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MEDINA, José; WHITT, Matt S. Epistemic activism and the politics of credibility. testimonial injustice inside/outside a North Carolina jail. In: GRASSWICK, Heidi; MCHUGH, Nancy Arden (eds.). *Making the case: Feminist and critical race philosophers engage case studies*. Albany: SUNY Press, 2021. p. 293–324.

MEISSNER, Christian A.; KASSIN, Saul M. “You’re guilty, so just confess!” Cognitive and behavioral confirmation biases in the interrogation room. In: LASSITER, G. Daniel (ed.). *Interrogations, confessions and entrapment*. Kluwer Academic, 2004. p. 85–106.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; RUDOLFO, Fernanda M. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 455–471, 2017.

MOSCATELLI, Livia Y. N.. Considerações sobre a confissão e o método REID aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361–394, 2020.

NARDELLI, Marcella M. Injustiças epistêmicas e a justiça juvenil. *Conjur*, March 3, 2023. Available in: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-03/limite-penal-injusticias-epistemicas-justica-juvenil>

PÁEZ, Andrés. Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. In: ARENA, Federico J.; LUQUE, Pau; MORENO CRUZ, Diego (eds.). *Razonamiento jurídico y ciencias cognitivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021. p. 187-222.

POHLHAUS, Gaile Jr. Relational knowing and epistemic injustice: Toward a theory of willful hermeneutical ignorance. *Hypatia*, v. 27, n. 4, p. 715-735, 2012.

POHLHAUS, Gaile Jr.. Varieties of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLHAUS, Gaile Jr. (eds.). *Routledge handbook of epistemic injustice*. New York: Routledge, 2017. p. 13–26.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

TUERKHEIMER, Deborah. Incredible women: Sexual violence and the credibility discount. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 166, n. 1, p. 1-58, 2017.

Authorship information

Andrés Páez. Ph.D. in Philosophy, The Graduate Center of the City University of New York. Associate Professor, Department of Philosophy and Center for Research and Formation in Artificial Intelligence (CinfonIA), Universidad de los Andes, Colombia. apaez@uniandes.edu.co

Janaina Matida. Doctor in Law, Universitat de Girona, Spain. Law Professor, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Minister Advisor at the Superior Tribunal of Justice of Brazil. rmatida@stj.jus.br

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

Acknowledgements: The authors would like to thank Miranda Fricker and Migdalia Arcila-Valenzuela for useful discussion of some of the topics in this article.

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

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

- *Andrés Páez*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing –original draft, validation, writing–review and editing, final version approval.
- *Janaina Matida*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing –original draft, validation, writing– review and editing, final version approval.

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

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

PÁEZ, Andrés; MATIDA, Janaina. Editorial of dossier “Epistemic Injustice in Criminal Procedure”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 11-38, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.821>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Injustiças Testemunhais Institucionalizadas: A Construção do Mito da Confissão¹

*Institutionalized Testimonial Injustices: The
Construction of a Confession Myth*

Miranda Fricker²

New York University, New York, United States

miranda.fricker@nyu.edu

 <https://orcid.org/0000-0003-4805-4449>

RESUMO: Embora as injustiças testemunhais tenham sido pensadas originalmente por Miranda Fricker apenas como redução de credibilidade, neste texto a autora assume a redefinição proposta por Jennifer Lackey para incluir, dentro das injustiças testemunhais, também a hipótese de excesso de credibilidade causada por uma injustiça agencial, isto é, quando a injustiça é cometida por se atribuir excesso de credibilidade a declarações precisamente quando a agência epistêmica do sujeito (as condições de agir como um sujeito de conhecimento) foi obstruída. A partir de sua preocupação com as instituições, Fricker tanto examina o contexto da justiça criminal que propicia as falsas confissões como propõe reflexões sobre as mudanças que são necessárias para a implementação de mais justiça epistêmica no interior dos sistemas de justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Injustiça testemunhal; injustiça agencial; injustiça testemunhal institucionalizada; excesso de credibilidade.

¹ Esse artigo foi publicado originalmente no *Journal of Dialectics of Nature* (número especial sobre Injustiça Epistêmica), editado por Hui ren Bai, sendo autorizada a republicação. A tradução inglês-português de “Institutionalized Testimonial Injustices: The Construction of a Confession Mith” foi realizada por Natalia von Rondow e Michael Guedes.

² Professora do departamento de Filosofia da NYU e co-diretora do New York Institute for Philosophy. Doutora.

ABSTRACT: *Although testimonial injustice was originally conceived as a prejudiced and unwarranted reduction of credibility, in this text the concept is expanded according to Jennifer Lackey's proposal to include excess credibility caused by agential epistemic injustice as part of the concept. Agential epistemic injustice occurs when excessive credibility is attributed to a person's statements precisely when the subject's epistemic agency (the condition of acting as a subject of knowledge) has been obstructed. From a concern with institutional reform, the article both examines the context of criminal justice systems that facilitate false confessions and proposes reflections on the changes that are necessary for the implementation of more epistemic justice within those systems.*

KEYWORDS: *Testimonial injustice; agencial Injustice; institutionalized testimonial Injustice; credibility excess.*

INTRODUÇÃO

É uma honra ser convidada a contribuir para esta edição especial sobre injustiça epistêmica. A fim de registrar algo de meus próprios esforços a esse respeito, começarei com alguns comentários resumidos sobre o que pensei estar fazendo no livro de 2007 e, em seguida, oferecerei algumas novas reflexões sobre os vícios epistêmicos institucionais e, em particular, uma forma sinistramente importante de *vício epistêmico institucionalizado* no contexto do procedimento e treinamento policial padrão nos Estados Unidos. Saltando do trabalho recente em epistemologia social de Jennifer Lackey, e, particularmente, do trabalho em psicologia empírica de Saul Kassin, argumentarei que certos aspectos desses procedimentos exemplificam uma série de três etapas de injustiças testemunhais institucionalizadas.

REINTRODUZINDO INJUSTIÇA EPISTÊMICA

Na filosofia acadêmica britânica de tradição amplamente anglófona, ao longo dos anos 1990 e início dos anos 2000, o panorama intelectual tinha uma forma curiosamente debilitada para qualquer um que tivesse

uma mentalidade analítica e, ao mesmo tempo, fosse atraído por questões sobre como a desigualdade de poder social pode se relacionar com assuntos da epistemologia. Embora existissem vários debates sobre tais questões dentro da filosofia feminista — notadamente na teoria do ponto de vista, no pós-modernismo feminista e no feminismo psicanalítico francês — na epistemologia analítica, ao contrário, parecia haver uma total falta de recursos teóricos até mesmo para articular tais questões. A filosofia européia, sob as primeiras influências historicizadoras e politizadoras de Hegel e Marx, há muito centrou essas questões como essenciais para a forma como nos imaginamos no mundo; mas a tradição analítica parecia ter inteiramente contornado essas influências, preferindo um a-historicismo que fizesse esses temas parecerem “meramente empíricos” — assunto da sociologia ou da política feminista, mas não da filosofia (como estudante de pós-graduação, eu era repetidamente questionada “Então sua dissertação é em sociologia do conhecimento, certo?” ou “O que a torna filosofia?”. Eu ainda não sabia como responder; embora quisesse). Existiam vertentes vitais da epistemologia feminista pressionando as questões socializadas, frequentemente em termos de debates entre o empirismo feminista, cujas raízes estavam na filosofia feminista da ciência; a teoria feminista do ponto de vista, cujas primeiras raízes estavam na sociologia, espalhando-se rapidamente para a filosofia; e o pós-modernismo feminista e a crítica pós-colonial, cujas raízes estavam no pensamento pós-estruturalista e pós-moderno na tradição europeia.³ Foi a partir dos diferentes panoramas desses debates que meu próprio interesse cresceu na possibilidade de teorizar — no território aparentemente insular da epistemologia analítica — o que vim a conceber em termos de “injustiça epistêmica”. Esse território teórico forneceu uma boa proporção de minha educação e sensibilidade filosóficas, e geralmente funcionou com uma concepção de senso comum do conhecimento cotidiano (uma concepção factiva) que eu compartilhava, e que também sentia ser necessária para qualquer tipo realista de teorização sobre injustiça. No entanto, a insistência em uma concepção maximamente abstrata do sujeito cognoscente — uma concepção resolutamente pressuposta repetidas vezes

³ Para uma noção atualizada do panorama, ver os resumos oferecidos por Anderson (2020) e por Grasswick (2019).

em questões definidoras (“O que é necessário a *S* para saber que *p*?”, “O que é necessário para *S* estar justificado em acreditar que *p*?”, e daí por diante) — me pareceu uma *escolha* teórica manifestamente inibidora, e de forma alguma o ponto principal da epistemologia propriamente dita como se acreditava ser.

Eu também estava ansiosa em abordar as questões do ponto de vista da experiência cotidiana da injustiça epistêmica (a filósofa da ciência e teórica da teoria feminista do ponto de vista, Sandra Harding, capturou memoravelmente esse compromisso metodológico em seu *slogan* “começar o pensamento a partir de vidas marginalizadas” — como se vê, por exemplo, em Harding 1991. A socióloga e teórica da teoria feminista do ponto de vista Patrícia Hill Collins pensa a partir das múltiplas opressões da experiência social das mulheres negras, teorizando, entre outras coisas, em termos de viver como um “forasteiro de dentro” — como se vê, por exemplo, em Collins 1990). Existem diferentes abordagens metodológicas para iniciar o pensamento filosófico do ponto de vista da experiência marginalizada, mas a minha era um tanto literária em sua orientação, porque acredito que romances, roteiros e biografias podem revelar aspectos filosoficamente relevantes da vida de maneiras ricas em imaginação. Por esta razão, estava interessada na possibilidade de fazer um tipo de texto filosófico mais híbrido — uma miscelânea de trechos substanciais ao longo do livro, às vezes mais de um trecho do mesmo romance ou roteiro em capítulos diferentes, que informariam a filosofia e forneceriam algumas fronteiras úteis para a discussão. Usando biografia e ficção, desenhei ilustrações de peças que eu esperava fornecerem à imaginação filosófica algumas texturas mais ricas de experiência vivida do que geralmente é possível com ilustrações da familiar variedade da experiência mental (Fricker 2007, p. 23). Em contraste, o Estado de Natureza — um tipo muito diferente de ficção do qual também fiz uso substancial — está deliberadamente totalmente ausente das texturas diárias da vida, sendo um modelo despojado e altamente abstrato das necessidades epistêmicas mais simples e universais (como a necessidade de compartilhar informações). Dessa forma, vários tipos contrastantes de ficção foram empregados, e uma noção das implicações filosóficas substanciais contidas neste ou naquele estilo de ficção permeou o método do livro como um todo.

Um argumento abrangente do livro dizia respeito ao conteúdo do conceito de conhecimento. O argumento era que há pelo menos uma concepção plausível do conceito de conhecimento — nomeadamente, a concepção funcionalista avançada de Edward Craig (Craig, 1990), de acordo com a qual o conceito de conhecimento tem a ideia de um “bom informante” no seu “núcleo” — de tal modo que as preocupações filosóficas feministas sobre o poder e a exclusão das práticas epistêmicas acabam sendo características do núcleo de nosso conceito propriamente compreendido e, portanto, o cerne da epistemologia analítica. Se o núcleo de nosso conceito de conhecimento é entendido funcionalmente em termos que requerem ser *reconhecido* como um “bom informante”, então tudo o que precisamos acrescentar aos aspectos motivacionais não ideais já incorporados ao cenário do Estado de Natureza por Craig (motivos para mentir e ocultar) é um proto-preconceito básico, como o proto-preconceito que os nativos tendem a ter contra forasteiros, por exemplo. Isso é suficiente para gerar o risco de que alguém (um forasteiro) seja injustamente impedido de participar da própria prática que, no quadro de Craig, gera o conteúdo central de nosso conceito de conhecimento. Isso, argumentei, traz o risco de *déficit de credibilidade prejudicial* — por exemplo, ser desacreditado meramente porque alguém é estranho ao grupo — essencial para entender o conteúdo central do conceito de conhecimento. E segue-se que a proto-virtude corretiva desse déficit de credibilidade prejudicial, a justiça testemunhal, está igualmente presente no Estado de Natureza, de modo que se revela como uma das “virtudes da verdade” básicas, na expressão de Bernard Williams.⁴ Concebidas dessa maneira, então, tais perspectivas socializadoras não podem ser consideradas marginais à epistemologia analítica; não pode ser considerado como decorrente de um conjunto de preocupações próprias exclusivamente da sociologia do conhecimento ou da política feminista; mas, sim, deve ser considerada como pertencente a um conjunto localizado no cerne do projeto analítico em epistemologia. Pois o próprio conteúdo do conceito de conhecimento acaba por incluir, em seu núcleo, medidas para corrigir o preconceito endêmico que, de outra forma, obstruiria o compartilhamento de boas informações e provas. Em

⁴ Matthieu Queloz oferece uma discussão útil sobre esse ponto no capítulo 8 de Queluz (2021). O ponto recebeu tratamento mais proeminente, em razão de mais isolado, em Fricker (1998).

outras palavras, o conteúdo central do conceito de conhecimento acaba por incluir medidas para prevenir a injustiça testemunhal. Em suma, um argumento abrangente do livro era que, se você está preocupado com o conteúdo e a estrutura do conceito de conhecimento, então você já está preocupado com o risco de injustiça testemunhal.⁵ *Portanto*, essas preocupações epistemológicas feministas devem ser entendidas como centrais para as preocupações epistemológicas analíticas.

De interesse mais proeminente para a maioria dos leitores talvez tenham sido as definições amplas de dois tipos propostos de injustiça epistêmica, além do rótulo genérico de “injustiça epistêmica” em si. Busquei situar e explicar os fenômenos que eles captam em uma estrutura teórica integrada, oferecendo uma taxonomia expansível de tipos e subtipos. Assim, por exemplo, tanto a injustiça testemunhal quanto a injustiça hermenêutica são apresentadas como tendo subtipos que são “sistemáticos” e “incidentais”, respectivamente. No meu esquema de coisas, esta é uma importante distinção, e eu gostaria de destacar novamente aqui, porque a distinção permite diferenciar entre aquelas formas que são parte integrante de um determinado sistema de injustiça estrutural e aquelas que não são, mantendo constante a estrutura básica do próprio erro epistêmico. O interesse orientador em teorizar as dimensões epistêmicas da injustiça estrutural me levou a lançar as formas sistemáticas de injustiça epistêmica como “centrais” do ponto de vista do livro. É crucialmente o aspecto sistemático — bem como a pura severidade e persistência no tempo — que pode tornar apto o termo *opressão epistêmica* (Fricker 1999; 2007 pp. 59-156).⁶

⁵ Por isso, o material sobre o preconceito, as percepções estereotipadas das testemunhas por meio da operação de heurísticas em nossa sensibilidade testemunhal, a natureza endêmica da injustiça testemunhal, a consideração à virtude epistemológica do testemunho, proto-conhecimento e boa informação no Estado de Natureza, e a presença da proto-virtude da justiça testemunhal no Estado de Natureza, ocuparam seis dos sete capítulos.

⁶ Para uma discussão sobre opressão epistêmica e, em particular, uma distinção entre formas redutíveis e irredutíveis, ver Dotson 2014. Um aspecto da marginalização hermenêutica, particularmente enfatizado por Dotson (2012), Mason (2011) e Pohlhaus (2012), e que normalmente faz parte e é parcela dos casos sistemáticos, é o interesse que os poderosos têm em manter o *status quo* conceitual. É assim no meu exemplo do assediador sexual para quem obviamente convém ao seu propósito que haja uma ausência geral

A categoria de injustiça testemunhal foi expandida por vários filósofos e, neste artigo, desejo oferecer um desenvolvimento adicional da ideia de que pode haver formas de injustiça testemunhal que envolvem não o déficit de credibilidade prejudicial, mas, sim, o *excesso* de credibilidade prejudicial. Minha proposta incidirá sobre uma certa forma *institucionalizada* de excesso de credibilidade prejudicial, e a desastrosa contribuição que dá à injustiça estrutural e jurídica quando franqueada por práticas institucionalizadas de déficit de credibilidade prejudicial. A ideia de que alguns tipos de excesso de credibilidade deveriam ser incluídos em uma concepção ampliada de injustiça testemunhal foi apresentada pela primeira vez por José Medina como uma linha de objeção construtiva ao meu trabalho. Posteriormente, artigos de Emmalon Davis, Audrey Yap, e Jennifer Lackey representam outras contribuições construtivas e distintas para o debate em andamento.⁷ Em meu livro, depois de alguma reflexão, finalmente cheguei à conclusão de que apenas um déficit prejudicial correspondia ao erro distintivo que eu queria enfatizar com o conceito de injustiça testemunhal. Cheguei a essa conclusão porque estava particularmente interessada, como expliquei acima, em isolar o tipo de subestimação injusta de alguém como doador de conhecimento que é plausivelmente entendida como endêmica na prática epistêmica central que gera nosso próprio conceito de conhecimento (ou seja, boa informação no Estado de Natureza).

No entanto, se uma exploração das variedades de injustiça testemunhal for realizada separadamente desse projeto analítico altamente específico, então as coisas ficam bastante livres e os propósitos para os quais se pode colocar o conceito de injustiça testemunhal podem obviamente se ampliar. De qualquer maneira, gostaria de contribuir com um pensamento adicional entre as várias sugestões na literatura e, em

de um conceito capaz de capturar sua conduta sob a luz crítica apropriada (Fricker 2007, p. 151). Mas o que outros enfatizaram com razão é a resistência ativa a novos conceitos e ferramentas interpretativas que esse interesse provavelmente produzirá. Isso representa a principal área de sobreposição, a meu ver, entre as injustiças epistêmicas como as concebi e a ideia de Charles Mills de “ignorância branca” (ver Mills 2007 e 2015; exploro essa área de sobreposição em Fricker 2016).

⁷ Ver Medina (2011); Davis (2016); Yap (2017); Lackey (2020).

particular, aproveitar a recente sugestão de Jennifer Lackey de que existe um tipo distinto e importante de injustiça testemunhal que ela chama de “injustiça testemunhal agencial”, que é exemplificada no fenômeno da falsa confissão no contexto de interrogatório policial. Isso é o que devo construir para promover a ideia de injustiças testemunhais institucionalizadas e mostrar que no método de interrogatório policial para o qual Lackey chamou nossa atenção epistemológica crítica precisamos posicionar *tanto o déficit quanto o excesso* de credibilidade em cena, e, além disso, roteirizar o drama epistêmico que eles representam não principalmente em termos de julgamentos individuais de credibilidade, mas, sim, no nível do processo institucionalizado. Só então, afirmo, seremos capazes de ver em sua perspectiva adequada a escala da tragédia epistêmica que é tão institucionalizada.⁸

INJUSTIÇAS TESTEMUNHAIS INSTITUCIONALIZADAS

Com nosso resumo das principais ideias ético-epistêmicas sobre a mesa, podemos agora voltar nossa atenção para o quadro político. Ou seja, o quadro do poder institucional. As instituições podem incorporar virtudes e vícios epistêmicos de diferentes maneiras. Amplamente falando, um hábito institucional arraigado pode assumir a forma de um conjunto de métodos ou *processos* epistêmicos (bons ou ruins) e/ou um conjunto de valores epistêmicos (bons ou ruins) que constituem um *ethos*. Um exemplo de um processo epistemicamente disfuncional pode ser uma prática que envolve a confiança em provas inadequadas ou a avaliação de provas por meio de lentes prejudiciais. Um exemplo de um conjunto de valores epistemicamente ruim pode ser o cuidado insuficiente com a verdade ou a valorização muito alta de um determinado alvo, de modo que comprometa a avaliação da prova e, conseqüentemente, a integridade da investigação. As interações cotidianas com várias instituições — agências de notícia, práticas médicas, publicidade e assim por diante — nos tornam inteiramente familiarizados com a ideia de que uma instituição pode envolver uma ou ambas estas coisas — bons/maus processos epistêmicos e/ou

⁸ Para uma noção de injustiça testemunhal estrutural, ver Elizabeth Anderson (2012).

bom/mau ethos epistêmico. Se processos e/ou ethos são temporalmente e contrafactualmente estáveis no corpo institucional, então eles carregam todas as marcas de *um traço de caráter epistêmico institucional* e, portanto, de um *vício ou virtude epistêmica institucional*, dependendo do valor ou desvalor epistêmico da característica.⁹ Em outro trabalho, argumentei que devemos pensar em más características epistêmicas como indicativos de vício apenas se a má conduta for culpável. Mas aqui permaneço neutra nesta questão e, claro, há espaço para diferentes pontos de vista sobre este e outros aspectos.¹⁰

Ainda que eu tenha colocado este breve esboço sobre virtude e vício institucional em pauta a fim de estabelecer o que vem a seguir, não há nada que eu defenda aqui que dependa disso, pois embora seja apropriado conceber a injustiça testemunhal institucionalizada em termos de vício epistêmico institucional, certamente isso não é compulsório. Alguns leitores podem preferir concebê-la em termos teoricamente mais neutros de disfunção epistêmica institucional simples, por exemplo. Meu objetivo é modelar certos processos epistêmicos institucionalizados Com o objetivo de destacar sua importância para a injustiça epistêmica e, por implicação prática imediata, a injustiça legal, uma vez que a injustiça epistêmica funciona como uma porta de entrada para a injustiça legal. No entanto, embora o quadro teórico da virtude e vício epistêmicos não seja compulsório, ainda assim, eu insisto que, quando estamos preocupados com alguns de nossos valores mais importantes, como não condenar inocentes ou a proporcionalidade das decisões judiciais, a linguagem mais eticamente carregada da discussão sobre virtude e vício institucionais é certamente apta. Isso porque, pelo menos no que diz respeito às funções primárias das instituições de justiça, nos preocupamos não apenas com os próprios procedimentos e resultados funcionais, mas também com os

⁹ Para uma explicação mais detalhada desse modelo de virtude e vício epistêmico em instituições, com foco na Corporação Britânica de Radiodifusão, ver Fricker (2021).

¹⁰ Explorei os modelos de virtudes e vícios institucionais em mais detalhes em Fricker (2010) e especificamente o de inércia inferencial em Fricker (2021). Para modelos alternativos de vício epistêmico em particular, ver Battaly (2014), Crerar (2017), e Cassam (2016 e 2019); ver também os artigos em eds. Battaly, Kidd & Cassam (2021); e Tanesini (2018 e 2021). Para outra discussão recente, ver de Bruin e de Rooij (2022).

valores institucionais dos quais eles decorrem. Em suma, nos preocupamos não somente com o que tais instituições *fazem*, mas igualmente com que *ethos* as *caracteriza*.

Podemos agora explorar os contornos de uma institucionalização particularmente problemática de vício epistêmico — que combina dois tipos de injustiça testemunhal — conforme consagrado em normas institucionalmente prescritas de investigação criminal no policiamento dos Estados Unidos. Atualmente nos Estados Unidos, a polícia tem o direito jurídico em todos os cinquenta estados de mentir para suspeitos adultos quando eles são detidos para interrogatório, e esse direito de mentir, confundir e induzir o suspeito à autoincriminação é amplamente visto na aplicação do direito como uma ferramenta legítima para obter uma confissão (a maioria dos estados permite isso não apenas em relação a adultos como também em relação a menores¹¹). Muitos adultos, e sobretudo as crianças, não sabem que a polícia está legalmente autorizada a enganá-los desta forma, essa ignorância os torna especialmente vulneráveis à manipulação no interrogatório. Para usar a expressão de Carel e Kidd, essa situação exemplifica a “opacidade institucional” e esta opacidade “vulnerabiliza epistemicamente”¹² aqueles pegos em processos institucionais (Carel e Kidd 2021).

É claro que todos têm direito a um advogado em situações de interrogatório, e uma parte crucial do trabalho de um advogado é impedir que um suspeito diga qualquer coisa que possa incriminá-lo. No entanto, alguns renunciam ao direito a um advogado, e os inocentes são especialmente propensos a fazerem isso, talvez devido a uma atitude honesta de não ter nada a esconder e de abertura para ajudar a polícia em suas investigações. Isto pode ser catastrófico, pois se alguém está de fato sendo tratado como suspeito, então os interrogatórios

¹¹ Em 2021, Illinois e Oregon proibiram a polícia de mentir para menores (menores de 18 anos) em interrogatório, embora permaneça perfeitamente jurídico mentir para adultos. Sobre isso, ver, por exemplo, <https://innocenceproject.org/illinois-first-state-to-ban-police-lying/> e <https://prismreports.org/2021/08/30/lying-to-police-suspects-is-banned-in-several-countries-why-is-it-still-legal-in-the-u-s/>

¹² “Vulnerabilidades”, Carel e Kidd informam, é um termo emprestado de Shelley Tremain (2021).

ocorrem sob uma presunção de culpa, de modo que esta mesma abertura pode levar à autoincriminação, até mesmo à falsa confissão. Como escreve Saul Kassin:

A fenomenologia da inocência pode estar enraizada em uma crença generalizada e talvez motivada em um mundo justo em que os seres humanos recebem o que merecem e merecem o que recebem... Isso pode se originar de... uma “ilusão de transparência”, uma tendência das pessoas de superestimar a extensão em que seus verdadeiros pensamentos, emoções e outros estados internos podem ser vistos pelos outros (Kassin 2005, p. 218).¹³¹⁴

Em um trabalho recente e em um livro que será publicado em breve, Jennifer Lackey explora este terreno, e propõe que o emprego de um conceito de injustiça testemunhal como *déficit* de credibilidade prejudicial não pode dar um quadro completo do que está indo mal com os julgamentos de credibilidade nestas situações. Ela argumenta (e eu concordo) que também devemos olhar para o que acontece com a credibilidade atribuída ao suspeito no momento da sua confissão sob interrogatório. Lackey propõe uma expansão da ideia de injustiça testemunhal para que seja incluída a “injustiça testemunhal agencial”: “onde um excesso injustificado de credibilidade é concedido ao falante quando sua agência epistêmica foi negada ou subvertida na obtenção de seu testemunho” (Lackey 2020, p. 43)¹⁵. Além da especial vulnerabilidade dos inocentes, já mencionada, Lackey descreve vários “fatores de disposição” que tornam um suspeito particularmente e injustamente vulnerável a confessar falsamente, citando em particular o “status juvenil” e a “deficiência mental, incluindo deficiências de desenvolvimento

¹³ Sobre a fenomenologia da inocência, ver também Jordan & Hartwig (2012).

¹⁴ Tradução livre dos tradutores. No original: “The phenomenology of innocence may be rooted in a generalized and perhaps motivated belief in a just world in which human beings get what they deserve and deserve what they get... It may also stem from...an ‘illusion of transparency,’ a tendency for people to over-estimate the extent to which their true thoughts, emotions, and other inner states can be seen by others (Kassin 2005, p. 218).”

¹⁵ Tradução livre dos tradutores. No original: “where an unwarranted credibility excess is afforded to speakers when their epistemic agency has been denied or subverted in the obtaining of their testimony (Lackey 2020, p.43).”

e doenças mentais” (Lackey 2020, p. 48). Ser inocente, ser jovem ou ter uma deficiência mental de qualquer tipo torna alguém especialmente vulnerável às pressões policiais nos interrogatórios, de modo que quando esse alguém é colocado sob a poderosa combinação de sofrimento físico, emocional e informativo, acaba confessando. Alguns inocentes que acabaram confessando algo que não fizeram estão respondendo, em desespero visceral, a promessas de alívio por um breve momento da situação de interrogatório e vão geralmente procurar (em vão) retratar sua confissão logo depois da confissão; outros internalizam a ideia de que são culpados e tendem a abraçar a narrativa do interrogador.¹⁶

O MITO DA CONFISSÃO

Tudo isso nos ensina que (o que poderíamos chamar de) o Mito da Confissão — a suposição popular de que as pessoas não confessam crimes que não cometeram — é seriamente equivocada. É um mito influente que, apesar de estar completamente enfraquecido pelas descobertas de mais de duas décadas de pesquisa psicológica, continua a influenciar não apenas a imaginação popular, mas também os principais procedimentos institucionais de investigação criminal nos Estados Unidos. As proporções épicas da atuação deste mito só podem ser totalmente compreendidas quando consideramos a impossibilidade institucional de se *retratar* uma confissão. Uma confissão, uma vez feita, é praticamente irreversível, pois é o objetivo principal do interrogatório, e funciona como um dos tipos de provas mais fortes — o “padrão ouro das provas”, como diz Lackey (Lackey 2020; p. 43). Como explica Kassin: “Uma vez que um suspeito confessa, a polícia geralmente encerra a investigação, considerando o caso resolvido, e ignora informações exculpatórias — mesmo que a confissão

¹⁶ Na taxonomia de três vias da falsa confissão previamente desenvolvida por Kassin e Wrightsman (1985) a primeira é rotulada como tipo de falsa confissão “coerciva”, enquanto a segunda é “coerciva-internalizada” (seu terceiro tipo é “voluntária” o que pode ser explicado pelo desejo de proteger outra pessoa, ou por um “desejo mórbido de notoriedade”, ou várias outras possibilidades). Veja a discussão adicional no capítulo 4 de Gudjonsson (2018), e no recente livro de Kassin (Kassin 2022, pp. 11-14).

seja internamente inconsistente, contraditória por provas externas, ou produto de um interrogatório coercivo” (Kassin 2012 p. 433)^{17,18}

Esta norma de ignorar informações exculpatórias e assim por diante é parte integrante da Técnica Reid, o método de nove etapas de interrogatório policial comumente usado para treinamento policial nos EUA. Entre os detetives, parece que há níveis extraordinariamente elevados de confiança em sua capacidade de discernir, antes de um interrogatório, quem é inocente e quem é culpado. Nesse sentido, Kassin relata:

Vários anos atrás, eu estava em uma conferência de aplicação da lei em Montreal, na qual Joseph Buckley — presidente da John E. Reid & Associates — deu uma palestra sobre a influente, embora controversa, técnica Reid de interrogatório...Posteriormente, um membro da plateia perguntou a Buckley se ele estava preocupado que seus métodos às vezes levassem pessoas inocentes a confessar. Sua resposta foi: “Não, porque não interrogamos pessoas inocentes”.

Perdi a conta de quantos detetives já ouvi dizerem a mesma coisa (Kassin 2022, p. 55).¹⁹

O que, então, é a Técnica Reid, e como ela se compara com outras formas de interrogatório policial? Podemos comparar proveitosamente os princípios básicos da Técnica Reid com o Modelo PEACE de procedimento policial em situações de interrogatório, pois como Gudjonsson explica,

¹⁷ Tradução livre dos tradutores. No original: “Once a suspect confesses, police often close the investigation, deem the case solved, and overlook exculpatory information—even if the confession is internally inconsistent, contradicted by external evidence, or the product of coercive interrogation (Kassin 2012 p. 433).”

¹⁸ Ver também Drizin e Leo 2004, como observado por Kassin; e Gudjonsson (2018) para uma explicação, principalmente com referência a casos em que ele esteve envolvido na Islândia e no Reino Unido.

¹⁹ Tradução livre dos tradutores. No original: “Several years ago, I was at a law enforcement conference in Montreal, where Joseph Buckley—president of John E. Reid & Associates – lectured on the influential but controversial Reid technique of interrogation...Afterward, an audience member asked Buckley if he was concerned that his methods might at times cause innocent people to confess. His reply: “No, because we don’t interrogate innocent people.”. I’ve lost track of how many detectives I’ve heard say the same thing (Kassin 2022, p. 55).”

o Modelo PEACE foi desenvolvido e implantado no Reino Unido em 1993 como um programa nacional de treinamento para agentes policiais. Ele foi desenvolvido como resposta a uma série de casos notórios de erros judiciais graves com os quais foi possível aprender e fazer melhorias procedimentais. Também foi adotado na Noruega e na Nova Zelândia. Gudjonsson escreve:

O Modelo PEACE [Preparation and planning, Engage and explain, Account, Closure, and Evaluation] foi desenvolvido com base em princípios psicológicos sólidos, que se seguiram de um valioso trabalho colaborativo entre acadêmicos, psicólogos, profissionais da polícia e advogados. A intenção era levar em conta a vulnerabilidade de alguns entrevistados, com o objetivo de minimizar o risco de uma falsa confissão (Shawyer et al., 2009). O foco está na equidade, abertura, trabalhabilidade, *accountability* e descoberta verdadeira dos fatos, em vez de meramente obter uma confissão. Perguntas direcionadas, forte pressão, e manipulação psicológica são evitadas, potencialmente reduzindo o risco de falsa confissão enquanto ainda se produzem confissões verdadeiras (Shawyer et al., 2009).

Em contraste com o Modelo PEACE, a Técnica Reid, que é influente nos EUA, incentiva os entrevistadores a usar um processo de entrevista em duas etapas (Gudjonsson & Pearse, 2011; Inbau, Reid, Buckley, & Jayne, 2013). A primeira etapa é uma entrevista não acusatória, na qual são obtidas informações gerais sobre o suspeito, uma relação de *rapport* e confiança são construídas, e uma determinação é feita sobre se o suspeito está ou não mentindo sobre a ofensa. Se for considerado que o suspeito está mentindo, a entrevista prossegue para uma abordagem acusatória de nove etapas (presunção de culpa), normalmente chamada de “interrogatório” (Inbau et al., 2013). Kassin e Gudjonsson (2004) argumentam que a Técnica Reid de nove etapas pode ser reduzida a três fases gerais: “custódia e isolamento” (ou seja, o suspeito é detido e isolado, ansiedade e incerteza são geradas a fim de enfraquecer a resistência); “confronto” (ou seja, a culpa do suspeito é assumida e ele ou ela é confrontado com supostas provas incriminatórias que podem ou não ser genuínas, as negações são rejeitadas, mesmo que sejam verdadeiras, e a consequência da negação contínua é enfatizada); e “minimização” (ou seja, o interrogador tenta ganhar a confiança do suspeito e fornece desculpas para justificar o crime,

inclusive sugerindo que foi um acidente ou que a vítima merecia). Em contraste com o Modelo PEACE, a Técnica Reid tem sido associada ao aumento do risco de falsa confissão (Gudjonsson & Pearse, 2011; Pearse & Gudjonsson, 1999; Snook, Luther, & Barron, 2016) (Gudjonsson 2018; p. 47).²⁰

Cito detalhadamente o resumo de Gudjonsson, incluindo suas citações incorporadas, para expor estes fatos básicos sobre técnicas de entrevista/interrogatório e assim deixar claro como a Técnica Reid que é habitualmente utilizada no treinamento policial nos EUA tem a presunção de culpa explicitamente construída na fase de interrogatório como um

²⁰ Tradução livre dos tradutores. No original: “The PEACE Model [Preparation and planning, Engage and explain, Account, Closure, and Evaluation] was developed on sound psychological principles, which followed valuable collaborative work between academics, psychologists, police practitioners, and lawyers. It was intended to take into account the vulnerability of some interviewees, with the aim of minimizing the risk of a false confession (Shawyer et al., 2009). The focus is on fairness, openness, workability, accountability, and fact (truth) finding rather than merely obtaining a confession. Leading questions, heavy pressure, and psychological manipulation are avoided, thereby potentially reducing the risk of false confession while still producing true confessions (Shawyer et al, 2009). In contrast to the PEACE Model, the Reid Technique, which is influential in the USA, encourages interviewers to use a two-stage interview process (Gudjonsson & Pearse, 2011; Inbau, Reid, Buckley, & Jayne, 2013). The first stage is a nonaccusatory interview, in which general background information about the suspect is obtained, rapport and trust are built, and a determination is made about whether or not the suspect is lying about the offence. If the suspect is judged to be lying, then the interview progresses to a nine-step accusatory (presumption of guilt) approach, typically referred to as ‘interrogation’ (Inbau et al., 2013). Kassin and Gudjonsson (2004) argue that the nine-step Reid Technique can be reduced to three general phases: ‘custody and isolation’ (i.e. the suspect is detained and isolated, anxiety and uncertainty are generated in order to weaken resistance); ‘confrontation’ (i.e. the suspect’s guilt is assumed and he or she is confronted with alleged incriminating evidence that may or may not be genuine, denials are rejected, even if they happen to be true, and the consequence of continued denial is emphasized); and ‘minimization’ (i.e. the interrogator tries to gain the suspect’s trust and provides face-saving excuses for the crime, including suggesting that it was an accident or that the victim deserved it). In contrast to the PEACE Model, the Reid Technique has been associated with increased risk of false confession (Gudjonsson & Pearse, 2011; Pearse & Gudjonsson, 1999; Snook, Luther, & Barron, 2016) (Gudjonsson 2018; p. 47).”

preconceito metodológico institucionalmente incorporado.²¹ Isso constitui um preconceito na medida em que envolve um deslocamento motivado da prova: a motivação é a vontade pré-determinada de obter uma condenação a partir do interrogatório, idealmente uma confissão; o deslocamento da prova é inerente ao fato de não ser uma abordagem de inquirição com a mente aberta, mas sim uma tentativa direta e autoconsciente de obter alguma coisa autoincriminatória do suspeito.²² É notavelmente deslocada da prova no momento da conclusão (confissão), na medida em que o método permite aos interrogadores “ignorar informações exculpatórias” ou outra contraprova. A confissão prevalece sobre tudo.

Até agora, o manual sobre a Técnica Reid chocantemente permanece desconectado de qualquer coisa que se pareça com uma *investigação* genuína, embora claramente seja para isso utilizado. Mas o que eu gostaria de destacar, no entanto, é um outro ponto. A presunção preconceituosa de culpa que caracteriza a fase de “interrogatório” é super assistida pelo poder de manipulação epistêmica inerente ao direito legal do interrogador de mentir. No caso notório de Marty Tankleff — o jovem de 17 anos que em 1989 foi acusado de assassinar seus pais — a polícia lhe disse, entre outras mentiras, que seu pai havia emergido brevemente do coma para apontar Marty como seu agressor (ver Lackey 2020, citando Kassin et al 2010). Condenado apenas com base na confissão, este adolescente,

²¹ É claro que não é um quadro sem exceções. Em 2017, tendo ensinado a Técnica Reid por mais de 30 anos, a Wicklander-Zulawski & Associates, uma das maiores agências privadas de treinamento policial do mundo, divulgou um comunicado à imprensa anunciando que estava descontinuando a técnica: <https://www.prweb.com/releases/2017/03/prweb14123356.htm>. Agradeço a Jennifer Lackey em relação a esse ponto.

²² Na minha definição, *qualquer* preconceito que deprima a credibilidade produz uma injustiça epistêmica. Noto que Lackey tem uma visão que chama de “Visão Padrão” segundo a qual o preconceito deve ser um preconceito identitário. A Visão Padrão, então, seria aquela que considera aquilo que eu chamo de “injustiça testemunhal *sistemática*” como o único tipo de injustiça testemunhal. Do meu ponto de vista, isso seria uma truncagem infeliz, pois excluiria precisamente os casos em que, por exemplo, a simples vontade obstinada de obter uma condenação independentemente da contraprova constituiria um preconceito apto a produzir uma injustiça testemunhal. De qualquer forma, na minha opinião isso certamente produz uma injustiça testemunhal, razão pela qual, se consagrada em procedimentos institucionais da maneira aqui descrita, produz uma injustiça testemunhal institucional.

órfão por um duplo assassinato, cumpriu dezenove anos de prisão até sua exoneração. Outro caso infame e trágico é o dos cinco adolescentes negros e latinos exonerados — Antron McCray, Kevin Richardson, Yusef Salaam, Raymond Santana e Korey Wise — que foram enganados para confessar falsamente o estupro e espancamento de uma mulher que estava fazendo jogging no Central Park de Nova York em 1989.²³ Como Kassin *et al* descrevem:

Cada menino retratou sua declaração imediatamente após a prisão, dizendo que havia confessado porque esperava ir depois para casa. Todos os meninos foram condenados e enviados à prisão para serem exonerados apenas em 2002, quando o verdadeiro estuprador deu uma confissão, de forma precisamente detalhada, que foi confirmada por provas de DNA (Kassin *et al* 2010, p. 4).²⁴

Este ponto sobre a impossibilidade de retração é uma parte crucial do quadro de vício epistêmico institucional. Se olharmos para a filosofia para aplicar as categorias de injustiça testemunhal a este cenário de interrogatório, então sugiro que o que precisamos é de uma moldura diacrônica que apresente três fases. Primeiro, uma fase de injustiça testemunhal institucionalizada (déficit de credibilidade prejudicial institucionalizado) onde, no mínimo, a metodologia institucional de presunção de culpa é, em si mesma, um preconceito incorporado na prescrição do método Reid de interrogatório. Esta presunção-de-culpa-preconceituosa pode muitas vezes ser combinada com outros preconceitos, mais especificamente com o racismo, intensificando o erro epistêmico e introduzindo outros erros para além daqueles que apresentam uma estrutura sistemática.²⁵ A

²³ A premiada dramatização, “When They See Us”, foi criada e dirigida por Ava DuVernay em 2019 (série limitada da Netflix). Ver também o documentário de Ken Burns, “The Central Park Five”, de 2012.

²⁴ Tradução livre dos tradutores. No original: “Each boy retracted his statement immediately upon arrest, saying he had confessed because he expected to go home afterward. All the boys were convicted and sent to prison only to be exonerated in 2002 when the real rapist gave a confession, accurately detailed, that was confirmed by DNA evidence (Kassin *et al* 2010, p. 4).”

²⁵ A produção acadêmica sobre encarceramento em massa nos Estados Unidos é abundante em sua exposição do sistema carcerário americano como uma dimensão organizada do racismo estrutural. Entre os principais trabalhos e

segunda fase é aquela que Lackey categoriza como injustiça testemunhal agencial, na qual a agência intelectual do suspeito é “negada ou subvertida”, de modo que ele é deixado mais suscetível à confusão, sugestionabilidade, desinformação sobre as conseqüências da confissão, e/ou em total desespero para sair da situação. Esta fase, como bem enfatiza Lackey, é de *excesso* de credibilidade, embora ela prefira não a considerar como inerentemente o produto do preconceito, enquanto em minha opinião vejo o objetivo institucional da incriminação através da presunção de culpa como constituindo em si um preconceito institucional. Também enfatizaria os benefícios de considerar o excesso de credibilidade envolvido em acreditar numa confissão extraída não apenas no nível dos julgamentos de credibilidade dos interrogadores individuais, mas também — e do ponto de vista da crítica institucional, primariamente — no nível do processo institucional. Porque faz pouca diferença o que qualquer interrogador pode ou não acreditar pessoalmente sobre o confessor se o processo que são treinados a encenar é dirigido a levar o suspeito a ser *considerado culpado* ao final do interrogatório. Finalmente, devemos acrescentar a terceira fase, que marca a impossibilidade de retratação, e que conduz ao retorno da injustiça testemunhal institucionalizada na variedade de déficit de credibilidade prejudicial quando o suspeito reafirma sua inocência.

O que nos confronta, então, é um processo institucional trifásico epistemicamente vicioso, movido pelo preconceito metodológico de culpa presumida. O processo é caracterizado por um padrão de déficit de credibilidade funcional, depois excesso, depois déficit novamente, e é o resultado direto de um método de interrogatório prescrito institucionalmente, na verdade literalmente um “livro didático”, projetado para assegurar a confissão, ou, falhando isso, alguma forma mais fraca de incriminação. Trata-se de um modelo trifásico de diferentes injustiças testemunhais institucionalizadas através do qual podemos ver formas de injustiça epistêmica funcionando como uma desastrosa porta de entrada injusta para a injustiça legal da confissão extraída e da condenação injusta.²⁶

perspectivas influentes estão Alexander (2010), Coates (2017), Davis (2003), Gilmore (2022). Para um livro de memórias comovente ver Allen (2017).

²⁶ Para duas perspectivas sobre a injustiça epistêmica em relação a diferentes aspectos do sistema carcerário, ver, por exemplo, Medina (2021) e Pitts (2019).

UM SUPERPODER DA CONSTRUÇÃO SOCIAL CONSTITUTIVA

Há uma outra característica deste processo trifásico que merece ser notada, e que se integra ao nosso modelo filosófico. Vimos que o método de interrogatório prescrito pela Técnica Reid envolve a presunção de culpa combinada com ferramentas poderosas para produzir provas institucionalmente conclusivas de culpabilidade — notadamente, o direito legal de manipular epistemicamente o suspeito. Com base no fato de que isto confere aos interrogadores uma capacidade maciçamente aprimorada de assegurar confissões dos presumidamente culpados, então o que vem à tona, uma vez dissipado o Mito da Confissão, é que a polícia tem assim um quase super-poder de *construção social constitutiva*. Este tipo de construção social envolve um poder de fazer alguém ou algo *contar* como tendo uma característica F em um contexto, tratando-o como se tivesse uma característica F no contexto. Aqui, o poder social construtivo possuído pela polícia é fazer com que um suspeito *conte* como culpado no contexto institucional legal, via uma confissão irreversível, tratando-o como culpado com o objetivo de levá-lo a apresentar a prova institucionalmente conclusiva de que ele é realmente culpado. E o particular contexto institucional no qual um suspeito vem a ser considerado culpado por ser tratado de tal forma é o único contexto que importa, já que é o contexto no qual as autoridades relevantes irão proferir uma sentença de prisão ou pior. Este tipo de construção social é significativamente diferente da *construção social causal*, que é um poder de fazer algo ou alguém *realmente* vir a possuir a característica F no contexto. Não importa o quanto o direito permita a polícia utilizar ferramentas capazes de produzir uma confissão, mesmo dos inocentes, essas ferramentas nunca podem fazer com que os inocentes sejam *de fato* culpados do crime que supostamente cometeram. Mas há pouco conforto nisso. Somos simplesmente lembrados do fato sinistro de que, em alguns contextos autoritários, é o que você *conta* que determina seu destino.

Para resumir este modelo filosófico diacrônico de um método padrão de interrogatório policial nos Estados Unidos, sugeri que uma primeira fase é a injustiça testemunhal institucionalizada produzida pelo método da suposta culpa, aqui representada como um preconceito institucionalmente arraigado que produz déficits de credibilidade. Em seguida, invoquei a concepção de Lackey de injustiça testemunhal agencial

(abordei a questão do preconceito) como a fase intermediária na qual a confissão de um suspeito cuja agência epistêmica tenha sido ativamente violada é imediatamente considerada como crível. Finalmente, a terceira fase diz respeito à irreversibilidade da confissão, outro preconceito institucionalmente arraigado que produz déficits de credibilidade. Esta norma conduz ao retorno da primeira forma de injustiça testemunhal institucionalizada, pois as tentativas do suspeito de retratar-se da confissão através de novas afirmações de inocência são, mais uma vez, consideradas não críveis como uma questão de preconceito epistêmico institucionalizado. Todas estas normas e processos são inteiramente contingentes, e poderiam ser alterados diante da vontade política. Enquanto escrevo, no estado de Nova York há um projeto de lei pendente, o Projeto de Lei do Senado 324, patrocinado por Zellnor Myrie, que propõe a proibição do engano policial nos interrogatórios e exige que os tribunais avaliem a confiabilidade das confissões antes de admiti-las.²⁷

É importante reiterar que nenhuma parte da crítica epistêmica institucional que ofereço situa-se ou recai sobre o reflexo exato dos julgamentos de credibilidade dos interrogadores individualmente ou de outros oficiais. As normas epistêmicas institucionalizadas não governam diretamente o que os indivíduos podem pessoalmente acreditar; elas governam o que *conta* como crível ou não crível nos processos institucionais adotados. Talvez um interrogador individual acredite na confissão, ou na tentativa de retração, ou talvez não acredite; talvez não tenha certeza, ou talvez não se importe. Não faz diferença para o modelo, porque o que estamos rastreando aqui é um processo epistêmico institucional trifásico que determina se o suspeito será considerado culpado aos olhos da lei. Se o sistema considerar que você confessou, isso é suficiente para a culpa, salvo e até que uma exoneração de DNA possa um dia ser realizada.²⁸ Portanto, o modelo trifásico é oferecido

²⁷ A descrição é: “Refere-se a excluir declarações inadmissíveis feitas por réus devido a informações falsas e requer a coleta de dados dos interrogatórios gravados”. <https://www.nysenate.gov/legislation/bills/2021/S324>

²⁸ Kassin lembra: “Quando Scheck e Neufeld [Barry Scheck e Peter Neufeld fundaram o *Innocence Project* em 1992, que se tornou a Rede de Inocência de quase 70 organizações legais no mundo inteiro] relataram suas primeiras exonerações de DNA, eles tiveram a perspicácia de fazer uma “autópsia” dos arquivos do caso para determinar o que causou essas condenações errôneas. O que descobrimos foi uma predominância de reconhecimentos errôneos de testemunhas oculares,

como o retrato de algo no nível da realidade institucional ao invés de algo que representa necessariamente as atitudes proposicionais de indivíduos que são treinados para executar processos determinantes. O superpoder social construtivo para fazer um suspeito ser considerado como legalmente culpado não é algo possuído por qualquer indivíduo. É um poder embutido nas práticas arraigadas do corpo institucional — práticas que precisam ser urgentemente informadas pelas descobertas psicológicas que há muito têm exposto o Mito da Confissão como um complexo preconceito institucionalizado que não serve nem à verdade nem à justiça.²⁹

BIBLIOGRAFIA

Allen, Danielle (2017) *Cuz: Or the life and times of Michael A.* (New York: Liveright Publishing Corporation)

Alexander, Michelle (2010) *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness* (New York: The New Press)

Anderson, Elizabeth (2020) ‘Feminist Epistemology and Philosophy of Science’ *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2020 edition), Edward N. Zalta (ed.) URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2020/entries/feminism-epistemology/>

falsas confissões, informantes que mentiram, e aplicações errôneas da ciência forense. Estes fatores foram anotados, arquivados e publicados em seu site na Internet. Para espanto de todos, as falsas confissões contribuíram para 29 por cento desses casos. Além disso, esse número aumenta para mais de 60% no subconjunto de casos de homicídios da PI” (Kassin 2022, p. 24). Tradução livre dos tradutores. No original: “When Scheck and Neufeld [Barry Scheck and Peter Neufeld founded the Innocence Project in 1992, which became the Innocence Network of nearly 70 legal organizations globally] reported on their first few DNA exonerations, they had the foresight to “autopsy” the case files to determine what caused these wrongful convictions. What they discovered was a predominance of mistaken eyewitness identifications, false confessions, informants who lied, and misapplications of forensic science. These factors were noted, archived, and posted on their web site. To everyone’s astonishment, false confessions contributed to 29 percent of these cases. What’s more, that number increases to over 60 percent in the IP’s subset of homicide cases (Kassin 2022, p. 24).”

²⁹ Sou grata a Saul Kassin pela conversa inestimável com a qual aprendi muito, assim como aprendi com a leitura do seu trabalho; e a Jennifer Lackey pelo seu trabalho filosófico pioneiro sobre estas questões e pelos comentários sobre um rascunho anterior. Sou também grata a Maria Hartwig que, há alguns anos atrás em conversa, chamou minha atenção pela primeira vez para a realidade institucional da presunção de culpa.

- Anderson, Elizabeth (2012) 'Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions' *Social Epistemology* 20(2): 163-73
- Battaly, Heather, Kidd, Ian J., and Cassam, Quassim (2021) *Vice Epistemology* (London: Routledge)
- Battaly, Heather (2014) 'Varieties of Epistemic Vice' in J. Matheson & R. Vitz (eds.) *The Ethics of Belief* (OUP)
- Boudewijn de Bruin and Barend de Rooij (2022) 'Real Life Collective Epistemic Virtue and Vice' in Mark Alfano, Colin Klein, and Jeroen De Ridder (eds.) *Social Virtue Epistemology* (London & New York: Routledge): 396-423
- Carel, Havi & Kidd, Ian James (2021) 'Institutional Opacity, Epistemic Vulnerability, and Institutional Testimonial Justice', *International Journal of Philosophical Studies* 29(4): 473-96
- Cassam, Quassim (2016) 'Vice Epistemology' *The Monist* 99: 159-180
- Cassam, Quassim (2019) *Vices of the Mind* (Oxford: Oxford University Press)
- Coates, Ta-Nehisi (2017) 'The black family in the age of mass incarceration' in *We Were Eight Years In Power: An American Tragedy* (New York: One World)
- Collins, Patricia Hill (2000) *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment* 2nd ed. (New York & London: Routledge)
- Craig, Edward *Knowledge and the State of Nature. An Essay in Conceptual Synthesis* (Oxford: Clarendon Press, 1990)
- Crerar, Charlie (2017) 'Motivational Approaches to Intellectual Vice' *Australasian Journal of Philosophy* 96(4): 753-766
- Davis, Angela (2003) *Are Prisons Obsolete?* (New York: Seven Stories Press)
- Davis, Emmalon (2016) 'Typecasts, Tokens, and Spokespersons: A Case for Credibility Excess as Testimonial Injustice' *Hypatia* Vol. 31, No. 3 (Summer 2016)
- Dotson, Kristie (2012) 'A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression' *Frontiers* 33(1): 24-47
- Dotson, Kristie (2014) 'Conceptualizing Epistemic Oppression' *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy* 28(2): 115-138
- Drizin, S. A. & Leo, R. A. (2004) 'The problem of false confessions in the post-DNA world', *North Carolina Law Review* 82: 891-1007
- Fricke, Miranda (1998) 'Rational Authority and Social Power: Towards A Truly Social Epistemology' *Proceedings of the Aristotelian Society* Vol. XVIII Pt. 2: 159-77
- Fricke, Miranda (1999) 'Epistemic Oppression and Epistemic Privilege' *Canadian Journal of Philosophy* Supp. Vol. 25: 191-210

Fricker, Miranda (2007) *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing* (Oxford: Oxford University Press)

Fricker, Miranda (2010) 'Can There Be Institutional Virtues?' *Oxford Studies in Epistemology* Vol. 3 eds. T. S. Gendler & J. Hawthorne: 235-252

Fricker, Miranda (2016) 'Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance' *The Epistemic Dimensions of Ignorance* eds. M. Blaauw & R. Peels (Cambridge: Cambridge University Press)

Fricker, Miranda (2021) 'Institutional Epistemic Vices: The Case of Inferential Inertia' in eds. Heather Battaly and Ian J. Kidd *Epistemic Vice* (Routledge) pp. 89-107

Gilmore, Ruth Wilson (2022) *Abolition Geography: Essays Towards Liberation* (New York: Verso)

Grasswick, Heidi (2019) 'Feminist Social Epistemology' *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018 edition), Edward N. Zalta (ed.) <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/feminist-social-epistemology/>

Gudjonsson, Gisli H. (2018) *The Psychology of Confessions: Forty Years of Science and Practice* (Chichester: John Wiley & Sons)

Gudjonsson, G. H. & Pearse, J. (2011) 'Suspect interviews and false confessions' *Current Directions in Psychological Science*, 20: 33-37

Harding, Sandra (1991) *Whose Science? Whose Knowledge?* (Milton Keynes: Open University Press)

Inbau, F. E., Reid, J. E., Buckley, J. P., & Jayne, B. C. (2013) *Criminal interrogation and confessions* (5th ed.) (Burlington: Jones and Bartlett Learning)

Jordan, Sarah & Hartwig, Maria (2013) 'On the phenomenology of innocence: The role of Belief in a Just World' *Psychiatry, Psychology and the Law* 20(5): 749-760

Kassin, S. M. (2022) *Duped: Why Innocent People Confess—and Why We Believe Their Confessions* (Amherst/New York: Prometheus Books)

Kassin, S. M., & Gudjonsson, G. H. (2004) 'The psychology of confessions. A review of the literature and issues' *Psychological Science in the Public Interest* 5: 33-67

Kassin, S. M. (2005) 'On the Psychology of Confessions: Does Innocence Put Innocents at Risk?' *American Psychologist*: 215-228

Kassin, S. M., Drizin, Steven A., Grisso, Thomas, Gudjonsson, Gisli H., Leo, Richard A., Redlich, Allison D., (2010) 'Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations' *Law Hum Behav* 34: 3-38

Kassin, S. M. (2012) 'Why Confessions Trump Innocence' *American Psychologist* Vol. 67, No. 6: 431-45

- Kassin, S. M. and Wrightsman, L. S. (1985) 'Confession evidence' in S. M. Kassin & L. S. Wrightsman (eds.) *The psychology of evidence and trial procedures*: 67-94 (London: Sage)
- Lackey, Jennifer (2020) 'False Confessions and Testimonial Injustice' *Journal of Criminal Law and Criminology* 110 (1): 43-68
- Lackey, Jennifer (forthcoming) *Criminal Testimonial Injustice*
- Mason, Rebecca (2011) 'Two Kinds of Unknowing' *Hypatia* 26 (2): 294-307
- Medina, José (2011) 'The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary', *Social Epistemology* Special Issue 25/1: 15-35
- Medina, José (2013) *Epistemologies of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistant Imaginations* (Oxford: Oxford University Press)
- José Medina (2021) 'Capital vices, institutional failures, and epistemic neglect in a county jail' in I. J. Kidd, H. Battaly & Q. Cassam eds. *Vice Epistemology* (Abingdon: Routledge)
- Mills, Charles (2007) 'White Ignorance'. In *Race and Epistemologies of Ignorance*, ed. Shannon Sullivan and Nancy Tuana. NY: SUNY Press
- Mills, Charles (2015) 'Global White Ignorance'. In Matthias Gross and Linsey McGoey (eds.) *Routledge International Handbook of Ignorance Studies*. London/ NY: Routledge
- Pearse, J. & Gudjonsson, G. H. (1999) 'Measuring influential police interviewing tactics: A factor analytic approach' *Legal and Criminological Psychology* 4: 221-238
- Andrea J. Pitts (2019) 'Carceral Medicine and Prison Abolition: Trust and Truth-Telling in Correctional healthcare' ch. 13 in Benjamin R. Sherman and Stacey Goguen (eds.) *Overcoming Epistemic Injustice: Social and Psychological Perspectives*
- Pohlhaus, Gaile (2012) 'Relational Knowing and Epistemic Injustice: Toward a Theory of Willful Hermeneutical Ignorance' *Hypatia* 27 (3): 715-735
- Shawyer A., Milne B., & Bull, R. (2009) 'Investigative interviewing in the UK', in T. Williamson, B. Milne, & S. P. Savage eds. *International developments in investigative interviewing* (Cullompton, Devon: Wilan Publishing) pp. 24-37
- Snook, B., Luther, K., & Barron, T. (2016) 'Interviewing suspects in Canada' in D. Walsh, G. E. Oxburgh, A. D. Redlich, & T. Mykelburts (eds.) *International developments and practices in investigative interviewing and interrogation* Volume 2: Suspects (pp. 229-239) (London: Routledge)
- Tanesini, Alessandra (2018) 'Epistemic Vice and Motivation' *Metaphilosophy* 49(3): 350-67

Tanesini, Alessandra (2021) *The Mismeasure of the Self: A study in vice epistemology* (Oxford: Oxford University Press)

Tremain, Shelley (forthcoming) 'Philosophy of Disability, Conceptual Engineering, and the Nursing-Home Industrial Complex in Canada' *International Journal of Critical Diversity Studies*

Queloz, Matthieu (2021) *The Practical Origins of Ideas* (Oxford: Oxford University Press)

Williams, Bernard (2002) *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy* (Princeton: Princeton University Press)

Yap, Audrey (2017) 'Credibility Excess and the Social Imaginary in Cases of Sexual Assault', *Feminist Philosophy Quarterly* 3(4): 1-24

Authorship information

Miranda Fricker. Professora do departamento de Filosofia da NYU e co-diretora do New York Institute for Philosophy. Doutora. miranda.fricker@nyu.edu

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

Declaration of originality: este artigo foi publicado originalmente no Journal of Dialectics of Nature (número especial sobre Injustiça Epistêmica), editado por Huiren Bai, sendo autorizada a republicação. A tradução inglês-português de "Institutionalized Testimonial Injustices: The Construction of a Confession Mith" foi realizada por Natalia von Rondow e Michael Guedes; the author attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

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

- Submission: 07/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 15/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
 - Associated-editor: 2 (JM, AP)
-

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

FRICKER, Miranda. Injustiças Testemunhais Institucionalizadas: A construção do Mito da Confissão. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 39-64, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.820>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Injustiça epistêmica: a prova testemunhal e o preconceito identitário no julgamento de crimes contra a mulher


Epistemic Injustice: testimonial evidence and identity prejudice on crimes against women's trials

Alexssandra Muniz Mardegan¹

Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

alexssandramardegan77@gmail.com

 <https://lattes.cnpq.br/8435317456760098>

 <https://orcid.org/0000-0003-3032-6231>

RESUMO: As estruturas patriarcais que ainda marcam a sociedade brasileira afloram na forma de diferentes espécies de violência contra a mulher. O conceito de injustiça epistêmica, concebido por Miranda Fricker, emerge como um importante referencial teórico para a compreensão dos impactos dos preconceitos identitários no julgamento de casos de violência contra a mulher, na medida em que explica as distorções na distribuição da credibilidade entre agressor e vítima. A partir desse marco teórico, corroborado pela revisão bibliográfica da literatura específica, o artigo desenvolve a hipótese de que as estruturas de poder forjadas pelo patriarcado se manifestam nas práticas epistêmicas, inclusive sob a guarida da pretensa neutralidade do discurso jurídico, gerando um desbalanço no grau de confiabilidade atribuído às mulheres e aos homens, no âmbito do processo penal, e culminando em graves injustiças como a impunidade do agressor e a culpabilização da vítima, com base em estereótipos de gênero. Busca-se, por meio dessa análise, responder ao seguinte questionamento: em que medida o “ouvinte virtuoso” idealizado por Fricker pode servir de parâmetro para guiar a colheita do testemunho de vítimas de violência doméstica

¹ Mestranda em Direito (Área de concentração: Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Lisboa (2018-); Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (2005); Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

e outros crimes contra mulheres? E, ainda, em que medida a adoção dessas práticas epistêmicas virtuosas pode contribuir para evitar a influência de preconceitos na avaliação da prova testemunhal, e, em última instância, para mitigar os perniciosos efeitos do preconceito identitário no Sistema de Justiça – considerando o poder simbólico ostentado pelo Direito?

PALAVRAS-CHAVE: Violência de gênero; Preconceito identitário; Ideologia patriarcal; Injustiça epistêmica; Injustiça testemunhal.

ABSTRACT: *The patriarchal structures that still define Brazilian society are manifested in different forms of violence against women. The concept of epistemic injustice, developed by Miranda Fricker, is a key concept for understanding the impacts of identity prejudices in the trial of cases of violence against women, as it explains the distortions in the credibility distribution between aggressor and victim. Under this framework, endorsed by the bibliographical review of the specific literature, this article develops the hypothesis that the patriarchal power structures surface in epistemic practices, despite the presumed neutrality of the law, unbalancing the degree of credibility attributed to women and men in the context of criminal proceedings, and leading to injustices such as aggressors' impunity and victim blaming based on gender stereotypes. Through this analysis, the article aims to answer: Fricker's "virtuous hearer" ideal can be a helpful parameter to guide judicial hearings, especially regarding the judge's posture towards victims of domestic abuse and other crimes against women? If so, how such virtuous epistemic practices can avoid negative gender biases on the evaluation of testimonial evidence, and ultimately contribute to diminish the harmful effects of identity prejudices in the justice system – given its inherent symbolic power?*

KEYWORDS: Gender violence; Identity prejudice; Patriarchal ideology; Epistemic Injustice; Testimonial injustice.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O princípio constitucional da igualdade, as conquistas feministas e a violência contra a mulher; 2. A injustiça epistêmica testemunhal contra mulher, os estereótipos de gênero e a culpabilização da vítima no Processo Penal; 3. A necessária transformação do Sistema de Justiça a partir da perspectiva de gênero; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

As relações de poder na sociedade contemporânea, mesmo diante das significativas conquistas do movimento feminista nas últimas décadas, ainda são fortemente pautadas pelo patriarcalismo, o que contribui para a manutenção da desigualdade substantiva entre homens e mulheres, a despeito da aparente igualdade formal garantida pelo ordenamento jurídico.

Embora essa desigualdade não apareça mais de forma explícita na lei, está ainda presente na sociedade, tendo por sustentáculo as estruturas de poder patriarcais, e se manifesta de múltiplas formas, algumas mais evidentes (como o número de feminicídios²) e outras menos, embora também graves (como é o caso da injustiça epistêmica testemunhal, objeto do presente artigo).

Essas diferentes formas de injustiça se combinam e se potencializam. A violência contra a mulher, em suas diversas facetas, é não apenas sintomática das práticas e estruturas sociais patriarcais e misóginas, mas também, simultaneamente, contribui para a perpetuação dessas práticas, na medida em que reafirma a separação de papéis e a hierarquia de poder entre homens e mulheres na sociedade. Essa desigualdade transparece no Sistema de Justiça, em especial no julgamento de casos de violência contra a mulher, causando graves distorções na medida em que contribui para a impunidade do agressor, de um lado, e a culpabilização da vítima, de outro: tudo sob o manto da ilusória neutralidade do direito.

Uma das formas com que os resquícios do sistema patriarcal se infiltra na prática jurídica é na forma da injustiça epistêmica, fenômeno identificado por Miranda Fricker em sua emblemática obra *“Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing”*³. O conceito de injustiça epistêmica testemunhal, empregado pela autora, embora aplicável a diversos outros contextos, traz uma importante chave de compreensão para a análise das injustiças perpetradas pelo próprio Sistema de Justiça, mais especificamente no julgamento de crimes contra a mulher.

² Vide CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da Violência 2021*. São Paulo: FBSP, 2021. pp. 36-37.

³ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

A partir desses conceitos, busca-se, no presente artigo, empregando-se a metodologia de revisão da literatura específica sobre o tema, reforçada pela análise de casos emblemáticos que evidenciam os contornos dessa dinâmica discriminatória⁴, responder à questão: *em que medida a injustiça epistêmica testemunhal se relaciona à culpabilização da vítima e a consequente impunidade do agressor, no julgamento de crimes contra a mulher?* A hipótese defendida é que a injustiça epistêmica testemunhal, ao transpor ao processo penal preconceitos identitários forjados nas estruturas sociais patriarcais, potencializa distorções na distribuição de credibilidade entre homens e mulheres, com consequências especialmente graves no âmbito do julgamento de casos de violência contra a mulher, culminando, em última instância, na impunidade do agressor e culpabilização da vítima.

A análise terá como ponto de partida a contextualização acerca do princípio constitucional da igualdade, das conquistas feministas e da violência contra a mulher na sociedade brasileira, tópicos a respeito dos quais será dedicada a seção I do presente artigo. Na seção II, será apresentado o conceito de injustiça epistêmica, tal como formulado por Fricker, e, dentro dessa moldura teórica, buscar-se-á identificar a relação causal entre as estruturas patriarcais que moldam a sociedade e as injustiças perpetradas por ocasião do julgamento de crimes contra a mulher, mais especificamente a culpabilização da vítima com base em estereótipos de gênero. Por fim, na seção III, buscar-se-á frisar o papel do Poder Judiciário – e dos demais integrantes do Sistema de Justiça – no combate à injustiça epistêmica e paulatina superação do discurso legitimador da violência contra a mulher, com ênfase nas virtudes epistêmicas

⁴ Há dificuldades de pesquisa inerentes à análise de casos de julgamento de crimes de violência contra a mulher, na medida em que a maioria desses casos tramita sob sigilo de justiça, e envolvem assuntos que não devem ser indiscriminadamente publicitados, em respeito à intimidade e segurança das vítimas. Diante disso, optou-se por centrar a análise em casos de grande repercussão, já noticiados pela mídia. Embora o recurso a notícias assim veiculadas apresente limitações práticas, já que tais notícias não contemplam a integralidade dos fatos discutidos no processo, entende-se que são suficientes para exemplificar o fenômeno ora discutido, pois permitem visualizar algumas de suas manifestações práticas, cuja constatação não depende necessariamente do conhecimento acerca do desfecho dado ao caso.

que devem ser cultivadas ativamente pelos magistrados, bem como no dever de fundamentação que incide sobre suas decisões.

Tal análise tem por objetivo contribuir para dar a necessária visibilidade a esse grave problema social que, justamente por ser ainda pouco discutido, segue enraizado não apenas nas estruturas sociais, mas também no Sistema de Justiça, que acaba contribuindo para perpetrar a violência simbólica contra as mulheres ao legitimar e naturalizar uma ideologia patriarcal e androcêntrica que as oprime e as pretere. A despeito da gravidade desse problema, suas raízes estruturais dificultam sua identificação nas práticas jurídicas e sociais cotidianas, de modo que passa muitas vezes despercebido pelos atores envolvidos no processo judicial, inclusive pelos juízes. Dessa forma, o fomento ao debate mostra-se ainda mais importante ao se considerar que, embora possam conduzir a graves erros judiciários, as injustiças epistêmicas são praticadas muitas vezes de forma inconsciente e não intencional, justamente porque os juízes – e o Sistema de Justiça como um todo – estão inseridos no tecido social e por isso tendem a reproduzir, em suas posturas e decisões, a ideologia vigente, tida como natural e inevitável⁵.

O Direito não deve servir para perpetuar injustiças materiais e legitimar desigualdades sociais. Mas, para isso, é imprescindível que o Poder Judiciário assuma um papel transformador, rompendo ativamente com os padrões cognitivos que derivam da distribuição desigual de poder social e se infiltram silenciosamente no senso comum. Diante disso, defende-se que os juízes e as juízas devem assumir o papel de combater ativa e conscientemente a injustiça epistêmica testemunhal contra as mulheres, no âmbito do Sistema de Justiça, como decorrência não apenas de um dever ético, mas do próprio dever constitucional de garantir uma igualdade social substancial.

⁵ Refere Canotilho que “medida de justiça” para a ordenação da vida comunitária andou ancorada, durante longos séculos, a “padrões de conduta” e de orientação heterónomos (religiões, cosmovisões, ideologias) e preexistentes. Estes “padrões de conduta”, transformados, muitas vezes, em “verdades” e “regras fundamentalistas” ou em “leis da história”, revelam-se hoje premissas claudicantes num mundo plural, anti-totalizante, anti-iluminista”. (CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 110).

1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE, AS CONQUISTAS FEMINISTAS E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Seguindo a principiologia inaugurada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a atual Constituição brasileira adotou uma concepção substantiva de igualdade, em detrimento da igualdade meramente formal, de cunho liberal. A ideia formal de igualdade, como garantia de tratamento igual a todos, mostrou-se insuficiente para atender às necessidades de uma sociedade materialmente desigual, que passou a reclamar do Estado uma postura proativa para a correção de injustiças e distorções socioeconômicas. É nesse contexto que emerge a acepção substantiva da igualdade, de acordo com a qual situações análogas, nos seus aspectos proeminentes, “devem” ser tratadas do mesmo modo e, em contrapartida, situações desiguais devem ser tratadas diferentemente, na exata medida dessa diferença. A premissa é que, por meio do tratamento diferenciado, as pessoas serão tratadas como iguais, atingindo assim o patamar de igualdade com as demais.

Partindo desse postulado, é somente com fundamento no objetivo de igualar desiguais que se torna justificável o tratamento diferenciado a certas pessoas em razão de suas circunstâncias particulares. É por isso que o constituinte brasileiro se preocupou não apenas em anunciar um princípio geral de igualdade, mas também em tratar especificamente de situações em que essa igualdade deve ser ativamente perseguida. É o caso da igualdade entre homens e mulheres.

Sob esse prisma, ao afirmar que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, inc. I, da CF/1988), o constituinte brasileiro atribuiu ao Estado não apenas o dever negativo de se abster de atos discriminatórios indevidos, mas também um dever positivo de garantir uma isonomia substantiva, através de uma postura ativa e corretiva perante a desigualdade tão fortemente impregnada no tecido social brasileiro.

A orientação adotada pelo constituinte pátrio se alinha a importantes marcos internacionais. A partir da década de 1970, os movimentos feministas, surgidos e fortalecidos na Europa e nos Estados Unidos, passaram a reivindicar, do Estado, o incremento de leis, ações e políticas

voltadas para a prevenção e para o combate à violência contra a mulher⁶. É o caso da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), bem como da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (“Convenção de Belém do Pará”) (CIDH, 1994) e da Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica (Convenção de Istambul). Esses instrumentos internacionais preconizam, expressamente, aspectos da perspectiva de gênero, no âmbito do Sistema de Justiça, reforçando a obrigatoriedade de garantir efetivamente os direitos das mulheres. A partir deste enfoque, impõem aos Estados não apenas um dever de natureza negativa – isto é, que se abstenham da prática discriminatória –, mas também um dever de cariz positivo: que adotem as medidas adequadas e idôneas à *transformação* dos padrões socioculturais relativos à diferenciação entre homens e mulheres, a fim de assegurar a igualdade no processo judicial nos tribunais de justiça.

Na esteira dos progressos internacionais, o movimento feminista também logrou importantes conquistas em território nacional. Dentre as vitórias que se podem listar, cumpre destacar: a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984; a promoção de uma campanha nacional para a inclusão de direitos das mulheres; a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – ainda na última década do século XX, com o intuito de promover medidas protetoras, tendo como principal objetivo a luta contra a violência contra as mulheres, onde surgiram as Delegacias Especiais das Mulheres em todo o país; e a edição de uma das mais emblemáticas leis de proteção à mulher, a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Ao instituir a Lei Maria da Penha, a ordem jurídica estabeleceu um posicionamento de coibir atos que violem a liberdade e a integridade da mulher, com fundamento no preceito constitucional de igualdade substantiva entre os gêneros.

Ocorre que, apesar dos avanços verificados nas últimas décadas, e a despeito do prestígio constitucional e infraconstitucional à igualdade

⁶ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

entre homens e mulheres, ainda há um longo caminho a percorrer para se alcançar uma igualdade fática. Basta atentar aos índices⁷ de crimes cometidos contra mulheres para se perceber que a violência de gênero ainda impregna fortemente a sociedade brasileira, trazendo à tona as deletérias marcas do patriarcado sobre a dinâmica social, como é o caso da violência contra a mulher, grave manifestação da estrutura de poder patriarcal.

A violência contra a mulher é um dos mais evidentes e preocupantes sintomas da desigualdade entre os gêneros, conforme mostram as estatísticas⁸.

Em termos conceituais, a violência de gênero tem sentido mais amplo, abarcando casos de violência familiar e doméstica⁹. Por outro lado, a violência doméstica não se reduz às situações de violência de gênero. Nessa linha, para Inês Ferreira Leite, “a violência doméstica é, essencialmente, violência relacional, desenvolvida na intimidade, associada à coabitação, à proximidade, à interdependência, à vinculação marital”¹⁰.

⁷ Vide CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da Violência 2021*. São Paulo: FBSP, 2021. pp. 36-37.

⁸ Segundo o Relatório “Atlas da Violência – 2021: em 2019, 3.737 mulheres foram assassinadas no Brasil. Embora esse número represente uma redução percentual de 17,3% em relação ao ano anterior, essa notícia deve “ser matizada pelo crescimento expressivo dos registros de Mortes Violentas por Causa Indeterminada (MVCI), que tiveram incremento de 35,2% de 2018 para 2019, um total de 16.648 casos no último ano”. Além disso, deve-se considerar que, embora o Brasil tenha apresentado “uma redução de 18,4% nas mortes de mulheres entre 2009 e 2019, em 14 das 27 UFs a violência letal contra mulheres aumentou. Neste período, os aumentos mais expressivos foram registrados nos estados do Acre (69,5%), do Rio Grande do Norte (54,9%), do Ceará (51,5%) e do Amazonas (51,4%)”. Importante também anotar que, em 2019, foram registrados 1.246 homicídios de mulheres nas residências, representando 33,3% do total de mortes violentas de mulheres registradas. (CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da Violência 2021*. São Paulo: FBSP, 2021. pp. 36-37). Note-se que, em Portugal, no ano civil de 2021, a APAV constatou que a maioria das vítimas diretas de crime, que recorreram à associação, eram mulheres: 10.308 do número total de vítimas (13.234), o que representa o percentual de 77,9% (Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, *Estatísticas APAV – Relatório Anual 2022*, p. 16.

⁹ SAFFIOTI, Heleith Iara Bongiovani. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

¹⁰ LEITE, Inês Ferreira. A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*, v. 21, n. 1, p. 29-94, 2011. p. 37.

Os índices alarmantes de violência contra as mulheres, no Brasil, estão intimamente relacionados à estrutura social patriarcal. Nesse sentido, defende Saffioti que violência contra as mulheres é decorrência da socialização machista, apresentando estreita ligação com o sistema de dominação-exploração fundidos no patriarcado¹¹.

Entende-se por patriarcado, essencialmente, um modelo familiar no qual o pai é o centro da família, garantidor do sustento familiar e da proteção da sua prole¹². Nesse esquema social, a mulher ocupa o papel de esposa e mãe, ficando seu valor condicionado ao cumprimento dos deveres conjugais e maternos. Para Larrauri, o elemento estrutural do patriarcado repousa no reduzido *status* atribuído, em regra, às mulheres, cujo elemento ideológico é conjecturado nos valores, crenças e normas referentes à “legitimidade” da dominação masculina em todas as esferas sociais¹³.

Com base em uma separação sexual de papéis, homens e mulheres são formados para ostentarem posições que satisfaçam a uma carga de significados simbólicos e culturais carregados de uma forte representação escorada e expandida, de acordo com a ideologia imposta pelas instituições sociais.

Essa representatividade, interiorizada, conduz a uma evolução desarmoniosa entre homens e mulheres. A edificação desse arranjo pautada pela assimetria entre os sexos habita nas explicações conjecturadas nos pressupostos biológicos, ou melhor, na essência do que é considerado “feminino” e “masculino”, justificado e determinado por ideias sexistas.

Tal modelo reflete nas relações de poder existentes na sociedade, pois, raramente, as diferenças de gênero são neutras – em quase todas as sociedades, antes, revelam-se uma forma substancial de estratificação social, que sedimenta as formas de oportunidade e influencia os papéis desempenhados nas instituições sociais, da família ao Estado.

¹¹ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

¹² VENTURA, Isabel. *Medusa no Palácio da Justiça, ou, Uma história da violação sexual*. Lisboa: Tinta da China, 2018. p. 68.

¹³ LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2018. p. 10-14.

Assim, muito embora os atos de violência praticados contra a mulher sejam manifestações evidentes de uma cultura marcada pela subserviência feminina em face da dominância masculina, que legitima a objetificação do corpo da mulher e a sua inferiorização em relação ao homem, a violência não se reduz à relação individualmente considerada entre agressor e vítima, que é apenas uma das muitas facetas da opressão estrutural intrínseca ao patriarcado.

De fato, a influência da estrutura patriarcal nas relações de poder que permeiam a sociedade pode assumir formas sutis, muitas das quais sequer são percebidas espontaneamente pelos sujeitos individuais. Na acepção de poder de Foucault, o poder como relação se alastra enquanto teia na vida cotidiana, alcançando a todos, daí a compreensão de uma “microfísica do poder”¹⁴. Sob essa ótica, o poder é visto como algo que se exerce em rede, em cujas malhas “os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação; nunca são o alvo inerte ou consentido do poder, são sempre centros de transmissão”¹⁵.

A violência contra a mulher está, nessa concepção, fortemente arraigada na forma como o poder circula na sociedade, de modo que é impossível compreender suas causas sem se considerar as relações de poder subjacentes¹⁶. E mais: a análise dessas relações de poder revela que seus consectários são muito mais amplos e profundos do que sugerem os (já alarmantes) números de casos de violência de gênero computados nos índices oficiais, na medida em que a violência não é apenas física, assumindo variadas formas que se conectam e se potencializam mutuamente¹⁷.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1981. p. 183-184.

¹⁵ Idem, p. 184.

¹⁶ Sob a ótica da sociologia, a desigualdade de gênero é tida como “a diferença de estatuto, poder e prestígio que as mulheres e os homens adquirem em grupos, colectividades e sociedades”, ficando evidenciada a relação entre desigualdade e as relações de poder. É o que afirma GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6.ed. Tradução: Alexandra Figueiredo et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 115.

¹⁷ De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em parceria com o Instituto Jones dos Santos Neves (IJSN), entre os anos de 2009 e 2019, 50.056 mulheres foram assassinadas.

Uma dessas formas é a chamada violência simbólica. De acordo com Bourdieu, a violência simbólica é uma articulação de um instrumental de poder que objetiva naturalizar os discursos pelo domínio da linguagem e levar os agentes sociais a acreditarem que certa realidade é verdadeira e legítima ao camuflar sua real arbitrariedade¹⁸.

Embora a violência simbólica não envolva diretamente violência física, contribui para escusá-la e, conseqüentemente, legitimá-la no plano ideológico, o que, em última instância, corrobora para catalisá-la no plano fático, eternizando e exacerbando as distorções e injustiças ínsitas à sociedade patriarcal.

Dentro deste ciclo, relações simbólicas naturalizam o androcen-trismo já incutido nas instituições jurídicas (já que estas estão inseridas na trama social e acompanham a ideologia hegemônica) e reforçam o isolamento moral pela conseqüente marginalização e subordinação de *status*¹⁹. Assim, a visão androcêntrica impõe-se de forma “neutra” e faz parecer que essa relação de dominação é mesmo natural, levando as pessoas, homens ou mulheres, a aceitarem como normal e, conseqüentemente, a eternizar a vantagem que os homens levam em relação às mulheres²⁰.

A violência simbólica contra as mulheres, enraizada na distribuição desigual de poder nas sociedades marcadas pelo patriarcalismo, reflete – dentre outras instâncias – na argumentação jurídica, no âmbito do Poder Judiciário, notadamente nos discursos e pensamentos baseados em concepções morais que culpabilizam a vítima e/ou minimizam ou desculpam o comportamento do agressor, o que conflui para a impunidade e contribui para a perpetuação da desigualdade de gênero, alimentando um ciclo de silenciamento e subjugação das mulheres e reforçando o poder social masculino.

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 16.

¹⁹ MATTOS, Cristiane Araújo de. ‘Patriarcado público’: estereótipos de gênero e acesso à justiça no Brasil. *Revista Agora*, Vitória, n. 22, p. 158-169, 2015. p. 167.

²⁰ CORRÊA, Vanisse Simone Alves. A visão androcêntrica do mundo: elemento facilitador para o acesso dos homens às funções da gestão escolar. *Jornal de Políticas Educacionais*, v. 4, n. 7, p. 53-60, 2010. p. 54.

Conforme se aprofundará na seção seguinte, esse julgamento moral das mulheres estereotipadas pela própria instância de poder que deveria protegê-las da violência sofrida, revela uma benevolência com a estrutura patriarcal posta e implica uma dupla vitimização (ou revitimização secundária): não bastasse a violência física, moral e/ou sexual originariamente sofrida, a mulher é novamente vitimizada pelas figuras de autoridades incumbidas de investigar, processar e julgar seu caso, que, sistematicamente, desconsideram ou minimizam o valor probatório do relato apresentado, relativizam a gravidade da violência sofrida ou até mesmo a justificam com base no comportamento da vítima, muitas vezes sob pretextos moralistas e sem qualquer respaldo jurídico. Ou seja, inobstante a violência física já sofrida, as vítimas que buscam justiça são, frequentemente, submetidas a uma série de microagressões por parte daqueles que as deveriam amparar. Esse fundado temor de sofrer represálias, não só pelo próprio agressor, mas também por parte das autoridades que as deveriam proteger (delegados e delegadas, investigadores e investigadoras, promotores e promotoras de justiça, advogados e advogadas, defensores públicos e defensoras públicas, juízes e juízas), desestimula a denúncia pelas mulheres vítimas de violência de gênero e violência doméstica, o que sugere que o número de ocorrências não registradas supera, em muito, os já preocupantes índices oficiais.

Esse tratamento deferido às mulheres pelo Sistema de Justiça propicia um cenário de desamparo para as vítimas, que em muitos casos deixam de pedir ajuda das autoridades por temerem uma dupla vitimização. Através do sistemático silenciamento das vítimas e consequente impunidade dos agressores, o sistema judicial reforça a posição de subjugação da mulher na sociedade e contribui para a própria intensificação da violência legitimada por essa ideologia patriarcal.

2. A INJUSTIÇA EPISTÊMICA TESTEMUNHAL CONTRA MULHER, OS ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO E A CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Como anteriormente afirmado, a violência contra a mulher é sustentada e alimentada pelas relações assimétricas de poder social subjacentes. Sob esse viés, é possível identificar um tipo específico de

violência sofrido pelas mulheres, e que contribui para a mencionada revitimização: a injustiça epistêmica testemunhal, escorada nas relações de poder identitário. Trata-se de conceito cunhado por Miranda Fricker, na sua emblemática obra “*Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*”²¹, e trazido para o direito processual penal e para a epistemologia probatória brasileiros por autoras como Rachael Herdy e Janaina Matida²².

Ressalve-se que o conceito de injustiça epistêmica concebido por Fricker, embora forneça subsídios teóricos importantes para a compreensão da (e combate à) injustiça sofrida pelas mulheres no cerne do Sistema de Justiça, é mais amplo que a questão específica ora analisada, na medida em que essa forma de injustiça pode ser motivada não apenas por preconceitos de gênero, mas também de cor, etnia e classe. Ademais, essa concepção não se reduz às situações específicas de prova testemunhal – enfocadas no presente artigo – abrangendo qualquer forma de testemunho, em sentido amplo.

Na definição de Fricker, poder social é “uma capacidade prática socialmente situada para controlar ações dos outros, onde esta capacidade pode ser exercida (ativa ou passivamente) por agentes sociais particulares ou, alternativamente, pode-se operar puramente estruturalmente”²³. O poder social, assim definido, impacta diretamente no *status* que cada pessoa ocupa na estrutura social, e esse *status* reflete na determinação do respectivo grau de credibilidade.

²¹ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

²² Em artigo inovador sobre o tema, a autora define a injustiça epistêmica nos seguintes termos: “a injustiça testemunhal ocorre quando se questiona, de partida e injustificadamente, a capacidade de um falante de conhecer os fatos e, neste sentido, de poder contribuir a uma reconstrução que mereça credibilidade. Na injustiça testemunhal, o questionamento quanto a tal capacidade deve-se ao pertencimento do falante a determinado grupo social ou étnico, operando-se uma infundada falta de credibilidade quanto ao conteúdo. Portanto, o mesmo conteúdo afirmado teria recepção diversa por parte de seu interlocutor se afirmado por alguém de outro grupo social ou étnico.” (MATIDA, Janaina. É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. Limite Penal, 2020).

²³ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 13.

O poder social se manifesta no âmbito epistêmico na forma de poder identitário, que se alicerça sobre uma concepção imaginativa compartilhada de identidade social²⁴. Em outras palavras, o enquadramento do locutor em determinada categoria social conduz à redução da sua identidade a um estereótipo, que será dotado de maior ou menor credibilidade, conforme o grau de poder social concentrado naquela categoria.

Partindo da premissa de que a credibilidade é um bem finito²⁵, de modo que os juízos de credibilidade são implicitamente comparativos e contrastivos²⁶, tem-se que o superávit de credibilidade atribuída aos integrantes de determinado grupo identitário tem como contrapartida necessária o déficit de credibilidade atribuída aos demais grupos. Essa desproporção na distribuição de credibilidade entre diferentes grupos identitários fica nítida, principalmente, em situações em que há um confronto entre dois relatos mutualmente excludentes.

Transpondo o raciocínio para a questão analisada no presente artigo, tem-se que os resquícios patriarcais que marcam a estrutura social brasileira, ainda que aparentemente extirpados no texto constitucional e legal, remanesçam fortemente no imaginário social, construído a partir de papéis de gênero desiguais, cuja observância ou desvio impactam diretamente no *status* do indivíduo perante a sociedade.

Esse impacto pode ser percebido na formação dos estereótipos de gênero: aos homens, são concedidos quase automaticamente os rótulos de “pai de família” e “homem de bem”, ou, ainda, são infantilizados (mesmo que se trate de homens adultos) como “imatuross” e, portanto, incapazes de assumirem responsabilidades pelas próprias ações e decisões; às mulheres, por outro lado, o rótulo de “mulher decente” ou “mulher honesta” é condicionado à sua completa redenção às rígidas exigências do patriarcado, ou seja, a um padrão de comportamento que não ameace

²⁴ Idem, p. 14.

²⁵ LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, Kevin (ed.). *Believing in Accordance with the Evidence: New Essays on Evidentialism*. Synthese Library. v. 398. Springer: Cham, 2018. p. 159.

²⁶ MEDINA, José. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology: A Journal of knowledge*, v. 25, n. 1, p. 15-35, 2011. p. 20.

a manutenção da estrutura de poder androcêntrica. Daí o enaltecimento de traços passivos como a subserviência, a docilidade, a contenção e a abnegação feminina, já que essas características contribuem para perpetuar o monopólio masculino sobre o poder social. Por outro lado, ao agirem com liberdade, assertividade, independência e até mesmo ambição, as mulheres se desviam do papel social imposto pelo modelo patriarcal e, por isso, sofrem duras represálias – muitas vezes veladas – tornando-se alvos de estereótipos como o da “mulher promíscua”, da “esposa histérica”, da “mãe negligente” e da “ex-namorada vingativa”. Esses estereótipos são naturalizados no âmbito das relações sociais e afloram no discurso jurídico, em especial no contraste entre o tratamento dado ao homem e à mulher pelas autoridades envolvidas.

Há nisso um problema epistêmico, na medida em que são esses os estereótipos que guiam a imaginação do receptor de um testemunho, influenciando – ainda que inconscientemente – seu juízo quanto à credibilidade do relato apresentado. Desse modo, a capacidade do falante como agente cognitivo é avaliada a partir de preconceitos e estereótipos incutidos no interlocutor, prevalecendo até mesmo sobre fatos e evidências concretas. Vale dizer, “a pessoa que pratica injustiça epistêmica com base nos estereótipos e nas identidades sociais age movida pela crença (imaginação) de que a sua representação subjetiva do mundo tem prevalência sobre a objetividade do mundo”²⁷.

Sendo assim, se a própria estrutura da sociedade é marcada pela dominação-exploração da mulher, em contraste ao poder social masculino, essa desproporção reflete em nível epistêmico, implicando graves distorções na distribuição do grau de credibilidade atribuído às pessoas.

Os estereótipos de gênero, portanto, propiciam injustiças não apenas nas esferas econômica, educacional, profissional e familiar das mulheres, mas também na sua condição de sujeito epistêmico, ou seja, sujeito capaz de transmitir conhecimento digno de credibilidade²⁸.

²⁷ LIMA JUNIOR, Manoel Pereira. Injustiça epistêmica e a questão racial. *Coluna ANPOF*, 4 jun. 2020. p. 6.

²⁸ No julgamento de casos de violência doméstica, essa depreciação da capacidade da mulher como agente cognitivo aparece de múltiplas formas. De modo geral, percebe-se que o mero enquadramento da mulher na posição de vítima de violência doméstica implica uma espécie de *capitis diminutio* na sua

Sendo a injustiça epistêmica motivada por preconceitos baseados em estereótipos, a análise da sua prática contra as mulheres, especificamente no contexto dos julgamentos de crimes de violência de gênero, passa necessariamente pelo enfrentamento dos estereótipos que influenciam diretamente a distribuição de credibilidade entre agressor e vítima, nesses casos. Nessa linha, o estereótipo é escorado pelos papéis sociais designados para homens e mulheres, e pode resultar na punição moral daquela ou daquele que desvie do padrão referencial do julgador²⁹.

De fato, em consonância com essa cultura, ao se produzir um desvio das expectativas, por exemplo, ou ao colocar em questão a ordem patriarcal, ou caso as condutas não se enquadrem, como no comportamento expectável pelo padrão em vigor naquela sociedade, há uma imposição de correção, até mesmo por meio de violência, cujo emprego é socialmente legitimado.

Aliás, no Brasil, o próprio Direito historicamente legitimava o emprego de violência contra a mulher que descumprisse os deveres de

condição de sujeito epistêmico. Cite-se, como exemplo, os comentários realizados pelos membros do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.424/DF, no bojo do qual enfrentou-se a divergência jurisprudencial acerca de ser a ação penal incondicionada ou não (a consequência prática era a de que a vítima poderia retratar-se antes do recebimento da denúncia). Na referida sessão, ao defender a natureza incondicionada da ação penal em casos de crime de lesão corporal, leve ou grave, praticado contra mulher no espaço doméstico, destacou o Relator, em seu voto, que incumbe ao Estado garantir a proteção da família e que não é razoável nem proporcional que fique ao arbítrio da mulher a atuação estatal dado que “sua manifestação de vontade é cerceada por diversos fatores da convivência no lar, inclusive a violência a provocar o receio, o temor, o medo de represálias “[...]. Após debate, permeado de senso comum, reconheceu-se a incapacidade, de modo geral, a toda mulher de manifestar-se sem que sua vontade fosse fruto de vício ou coerção, em razão de estar em “situação de violência doméstica” (RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Dano Psíquico como crime de lesão corporal na violência doméstica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 49). Ainda que sob o pretexto de proteger a mulher, o Sistema de Justiça legitima a sua anulação como sujeito epistêmico e até mesmo como pessoa capaz de manifestar vontade, o que contribui para agravar o déficit de credibilidade motivado pelo preconceito de gênero, reforçando o próprio discurso que, em última instância, legitima a violência contra a mulher.

²⁹ DE MATTOS, Cristiane Araújo. Patriarcado público: estereótipos de gênero e acesso à justiça no Brasil. *Revista Ágora*, v. 22, p. 158-169, 2018.

fidelidade conjugal: as Ordenações Filipinas expressamente atribuíam ao homem casado o direito de “licitamente matar” a esposa que cometesse (ou simplesmente *pretendesse* cometer) adultério³⁰.

Apesar da evidente evolução da legislação desde então, é inegável que essa mentalidade – que tem por sustentáculo o modelo patriarcal, que vê a mulher como propriedade do homem – continua arraigada na sociedade, que impõe severas punições morais à mulher adúltera³¹, enquanto o adultério praticado pelo homem é normalizado e aceito como natural. Essa diferença de tratamento reflete no julgamento de casos de violência de gênero e especialmente de violência doméstica, na medida em que o adultério cometido pela mulher é muitas vezes invocado como justificativa para a agressão sofrida. Ainda hoje se invoca a tese da legítima defesa da honra na tentativa de escusar a violência contra a mulher, tendo sido inclusive objeto de recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que acertadamente a rechaçou³².

³⁰ M. – liv. 51. 16 § 1º.

³¹ Esse estereótipo foi utilizado pelo Tribunal da Relação do Porto, em Portugal, como pretexto para legitimar as agressões sofridas pela vítima. Na decisão do caso, a suspensão da pena dos acusados de agressão foi fundamentada na violação do dever de fidelidade pela vítima, que remete aos padrões de preconceito contra as mulheres, sendo mencionado no julgado que “o adultério da mulher é um gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem” (Processo nº 355/15.2 GAFLG. P1, do Tribunal da Relação do Porto, j. 11 out. 2017).

³² “Não obstante tais avanços legais e institucionais, verifica-se, ainda, a subsistência de um discurso e uma prática que tentam reduzir a mulher na sociedade e naturalizar preconceitos de gênero existentes até os dias atuais, perpetuando uma crença estruturalmente machista, de herança histórica, que considera a mulher como inferior em direitos e mera propriedade do homem. Essa realidade é atestada por tantos casos ainda frequentes de homicídios e violência contra as mulheres, simplesmente por sua condição de gênero, que continuam atingindo números espantosos – repita-se, um feminicídio a cada sete horas – colocando o Brasil, lamentavelmente – repito novamente –, na corrida para campeão mundial de casos de feminicídio. É o que se denota, também, a partir da frequente e ainda atual invocação do discurso odioso da legítima defesa da honra, que continua possibilitando, mesmo que indiretamente, absolvições de homicídios perpetrados contra mulheres, em que pese tratar-se de retórica que reforça uma cultura extremamente patriarcal, de desrespeito e objetificação da mulher, como salvo-conduto de crime estruturalmente gravíssimo pelo motivo mais abjeto possível: o fato do homem entender que sua companheira lhe pertence; o fato de entender que pode matá-la para lavar a sua honra. Não pode o Estado permanecer omissos

A análise moral do comportamento da vítima, como no âmbito do referido julgamento, evidencia um elemento nuclear do patriarcado, cujo objetivo é controlar a sexualidade feminina. De acordo com Saffioti³³, “o valor central da cultura gerada pela dominação-exploração patriarcal é o controle, valor que perpassa todas as áreas da convivência social”.

Esse padrão de dominação-exploração patriarcal reflete na valoração das mulheres, a partir de sua idoneidade moral-sexual, que condiciona sua credibilidade aos olhos da sociedade. Criam-se, com base nesse padrão, dois mitos: de que a mulher que tem experiência sexual seria mais propícia a consentir com a relação sexual; e de que, por sua suposta “promiscuidade”, seria menos crível³⁴ ou até mesmo menos merecedora da tutela estatal³⁵. Esses mitos repercutem diretamente nos julgamentos de crimes contra a mulher, especialmente em casos de estupro.

O uso de estereótipos de gênero como estratégia para minar a credibilidade do testemunho da vítima é recorrente em casos de estupro, pois, nesses casos, a palavra da vítima é muitas vezes a principal prova da ausência de consentimento que perfaz o suporte fático do tipo penal. Nesse contexto, o estereótipo da “mulher promíscua” é frequentemente utilizado para desacreditar o relato da vítima. Muito comum, por exemplo, a juntada, pela defesa do réu, de fotos supostamente sensuais da vítima, como fotos de biquíni compartilhadas em redes sociais, como estratégia para enviesar o julgamento de casos de estupro³⁶, sob a falácia de que tal

perante essa naturalização da violência contra a mulher, sob pena de ofensa ao princípio da vedação da proteção insuficiente e do descumprimento ao compromisso adotado pelo Brasil de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º, da CF)” (STF, Plenário, ADPF 779/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15/03/2021).

³³ SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 67.

³⁴ CRAIG, Elaine. *Putting Trials on Trial: sexual assault and the failure of the legal profession*. Montreal and Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2018, p. 39.

³⁵ Esse raciocínio pode ser encontrado na exposição de motivos do atual Código Penal. No item 50 da exposição, exemplifica-se como hipótese em que o comportamento da vítima deve influir na quantia da pena o “pouco recato da vítima”, que seria considerado “provação ou estímulo à conduta criminosa”.

³⁶ Em recente reportagem veiculada pelo G1, foi dado enfoque à recorrência dessa torpe estratégia de defesa em casos de estupro, conforme apontado

comportamento não seria condizente com a condição de vítima, de modo que não seria digna da tutela estatal. Foi exatamente a estratégia usada pela defesa no caso Mariana F., comentado mais adiante. No afã de punir a mulher que desvia do papel de gênero socialmente imposto, relativiza-se a culpa do homem que ofende norma jurídica expressa, de modo que o julgamento moral sobre o comportamento lícito da mulher se sobrepõe ao julgamento jurídico do comportamento ilícito do seu agressor.

De fato, em casos de estupro, é possível perceber um padrão de julgamento em que as vítimas apenas têm seus depoimentos valorizados se correspondem à figura da vítima idealizada pela sociedade e pelo Judiciário brasileiro³⁷. Mulheres que desviam-se de alguma forma desse ideal, por não se submeterem integralmente ao rígido padrão de controle e dominação imposto pelo patriarcado ao seu comportamento e à sua sexualidade, passam rapidamente de vítimas a culpadas, por vezes sofrendo um escrutínio ainda mais severo que o próprio agressor.

Essa estratégia de dominação é um exemplo típico de injustiça epistêmica testemunhal, na medida em que a distribuição da credibilidade entre as partes envolvidas é desproporcional, pois guiada por aspectos discriminatórios arbitrários, baseados em preconceitos identitários.

Embora a influência desse preconceito seja, na maioria das vezes, velada, é possível detectá-la nitidamente em certos casos, alguns de grande repercussão nacional, como por exemplo o “caso Robinho”. O caso ocorreu em uma boate em Milão, em 2013, sendo a vítima uma mulher albanesa que, na ocasião, comemorava seu aniversário de 23 anos no local. A vítima, que se encontrava embriagada, foi estuprada pelo ex-jogador, com a participação de outros cinco brasileiros. O que chama atenção ao caso

pela advogada criminal e dos direitos das mulheres Maira Pinheiro, “a finalidade argumentativa das imagens é dizer que a vítima não parece suficientemente triste, deprimida ou com estresse pós-traumático”, com o intuito de descredibilizá-la. Essa prática, conforme frisado na referida reportagem, é uma forma de violência simbólica. (HONÓRIO, Gustavo. Advogados de agressores anexam fotos de vítimas de estupro usando biquíni, e defensoras denunciam ‘violência simbólica’ e falta de ética. 17 fev. 2023).

³⁷ ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRIY, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 825-853, 2018. p. 828.

é o fato de que, embora o ex-jogador tenha admitido a prática da relação sexual com a jovem, negou reiteradamente a prática de “violência sexual”, valendo-se do torpe argumento de que a impossibilidade de consentimento³⁸ pela moça em razão de sua embriaguez não equivaleria a um efetivo dissentimento com o ato. Trechos de conversas interceptadas pela polícia e publicados, em 2020, evidenciam essa mentalidade do criminoso, que chegou a afirmar em tom jocoso: “Estou rindo porque não estou nem aí, a mulher estava completamente bêbada, não sabe nem o que aconteceu”³⁹.

O problema maior reside no fato de que esse pensamento está enraizado nas diversas camadas da sociedade brasileira, o que fica nítido ao se considerar a repercussão social que o caso gerou: apesar da gravidade do crime e da própria admissão dos fatos pelo estuprador, boa parte da opinião pública caminhou no sentido de minimizar a culpa do jogador e responsabilizar a jovem pelo ocorrido, com base em juízos morais sobre seu comportamento, principalmente no fato de a jovem estar em uma balada, ter consumido bebidas alcóolicas e ter feito contato com o jogador, fatos que, embora simplórios e arbitrários, foram considerados, por muitos, suficientes para desconsiderar o relato da jovem e minar a credibilidade do seu testemunho⁴⁰. Felizmente, o conjunto probatório reunido foi suficiente para resultar na condenação do ex-jogador pela justiça italiana, que o sentenciou a nove anos de prisão pelo crime de estupro⁴¹. Outro notório

³⁸ Acerca da clássica discussão doutrinária sobre acordo e consentimento, ver ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp. 362 e ss., esp. pp. 382 e ss.

³⁹ os trechos das gravações foram divulgados em 2020 pelo site Globo Esporte, em: FERRAZ, Lucas. As gravações do caso Robinho na justiça italiana: “A mulher estava completamente bêbada”. Globo Esporte, 16 out. 2020.

⁴⁰ COITINHO, Denis. *A Complexidade da injustiça epistêmica*. Estado da Arte, 2020.

⁴¹ Robinho e um dos outros participantes foram condenados pelo Tribunal de Milão com fulcro no artigo “609 bis” do código penal italiano, que trata da participação de duas ou mais pessoas reunidas para ato de violência sexual coagindo alguém a manter relações sexuais por sua condição de inferioridade “física ou psíquica” (FERRAZ, Lucas. As gravações do caso Robinho na justiça italiana: “A mulher estava completamente bêbada”. Globo Esporte, 16 out. 2020). O caso teve um recente desdobramento com a recepção, em 23 de fevereiro de 2023, pelo STJ, do pedido do governo da Itália para que o ex-jogador cumpra pena no Brasil, estando ainda pendente de apreciação.

exemplo do peso dos estereótipos de gênero nos julgamentos de casos de estupro é o caso da influenciadora digital Mariana F., que alcançou grande repercussão nacional em razão da agressividade perturbadora com que foi conduzida sua audiência judicial, especialmente por parte do advogado de defesa. Segundo o relato da jovem, durante um evento na boate em que trabalhava, em dezembro de 2018, ela (então com 21 anos e virgem), teria sido estuprada por um conhecido empresário (então com 40 anos). A partir das cenas da referida audiência⁴², a tentativa de desacreditar a mulher com base em estereótipos de gênero ficou evidente na postura do advogado ao utilizar fotos íntimas da jovem, sem relação com o caso, com o intuito de questionar sua idoneidade moral⁴³ e assim desvalorizar seu testemunho em relação ao próprio dissentimento⁴⁴.

⁴² Após serem divulgadas pelo site *Intercept Brasil*, os trechos da audiência circularam por diversos veículos de informação, dentre os quais cite-se a seguinte reportagem do Estadão: VIEIRA, Renato. Veja trecho em que Mariana Ferrer chora ao ser pressionada por advogado em audiência. Estadão, 4 nov. 2020.

⁴³ Percebe-se que o julgamento sobre a sexualidade feminina é tão rígido que o fato de Mariana ser virgem à época, de ter metade da idade do empresário, e de estar trabalhando na ocasião foram suficientes para livrá-la do estereótipo da mulher promíscua e aproveitadora, capaz de tudo para destruir a reputação de um “cidadão de bem”. Essa narrativa foi deliberadamente cultivada pelo advogado de defesa Gastão da Rosa, que logrou retirar o foco dos fatos e da conduta do acusado para direcioná-lo ao julgamento moral da vítima, com o intuito de enquadrá-la em estereótipos depreciativos, desestabilizá-la emocionalmente e assim desacreditar seu testemunho. Esse desvio de foco fica evidente quando Mariana implora à defesa que se atenha aos fatos, obtendo como resposta do advogado: “jamais teria uma filha do teu nível e também peço a Deus que meu filho não encontre uma mulher que nem você” (VIEIRA, Renato. Veja trecho em que Mariana Ferrer chora ao ser pressionada por advogado em audiência. Estadão, 4 nov. 2020). Ao final, o empresário foi absolvido sob o argumento de insuficiência probatória. A conclusão constante da sentença foi a seguinte: “Assim, diante da ausência de elementos probatórios capazes de estabelecer o juízo de certeza, mormente no tocante à ausência de discernimento para a prática do ato ou da impossibilidade de oferecer resistência, indispensáveis para sustentar uma condenação, decido a favor do acusado André de Camargo Aranha, com fundamento no princípio do in dúbio pro reo” (3ª Vara Criminal da Capital, Florianópolis/SC, Autos nº 0004733-33.2019.8.24.0023, juiz Rudson Marcos, j. 09.09.2020).

⁴⁴ Segundo Janaina Matida, essas cenas deixaram evidente a lastimável subsistência do conceito de “mulher honesta” na sociedade e no direito brasileiro (MATIDA, Janaina. Precisamos fortalecer a defesa criminal com perspectiva de gênero. Limite Penal, 18 nov. 2022). Também comentando o caso, pontua

A brutalidade do tratamento conferido a Mariana F., nas cenas viralizadas, bem como a omissão do juiz em assegurar um patamar mínimo de respeito à vítima, acenderam um debate em nível nacional sobre os limites da ampla defesa em face de valores éticos mínimos: a garantia constitucional da ampla defesa pode servir de pretexto para a dupla vitimização da mulher que denuncia crimes de estupro?⁴⁵

Evidentemente, não se pode defender uma relativização da presunção de inocência nem uma mitigação do *standard* probatório em casos de violência contra a mulher. Contudo, essas garantias ao acusado não podem servir de pretexto para se legitimar um Sistema de Justiça que, desde a investigação até o julgamento, conduz à culpabilização da vítima com base em padrões discriminatórios e estereótipos de gênero.

3. A NECESSÁRIA TRANSFORMAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA A PARTIR DA PERSPECTIVA DE GÊNERO

A sentença é uma prática discursiva, fundamentada na convicção motivada⁴⁶ do julgador, que afirma a pretensão estatal para determinado caso concreto. Ao decidir um caso concreto, o julgador atribui um fundamento e uma justificativa ímpar que legitima o exercício do poder estatal, exercendo um importante papel social ao conferir valor aos julgados, que representam a verdade, a justiça para aquele caso.

COITINHO, Denis. A Complexidade da injustiça epistêmica. Estado da Arte, 2020: “A injustiça do caso parece residir na consideração assimétrica em relação aos testemunhos, atribuindo menor credibilidade ao relato da vítima, que é mulher, com base em estereótipos sociais que consideram as mulheres irracionais e não confiáveis, maliciosas ou mesmo que desejariam esconder sua conduta libidinosa ou arruinar a vida de um ‘homem de bem’”.

⁴⁵ Para o Ministro Gilmar Mendes, do STF, comentando as cenas da fatídica audiência, “o sistema de justiça deve ser instrumento de acolhimento, jamais de tortura e humilhação” (Conjur, Justiça deve ser instrumento de acolhimento, não de humilhação, 3 nov. 2020).

⁴⁶ À guisa de exemplo, a motivação possui relevo como elemento que propicia uma interpretação precisa da decisão, iluminando com exatidão o conteúdo para fins de cumprimento da sentença ou de demarcação da coisa julgada. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 86).

Ocorre que o direito penal, por sua natureza, não coaduna com o rigorismo tipológico a que se propõe, pois abre ao magistrado ou à magistrada uma ampla margem de apreciação sobre a colmatação de lacunas, a solução de antinomias jurídicas, a avaliação dos elementos do crime e a fixação da pena⁴⁷. Sob esse prisma, a sentença não pode ser considerada mera aplicação silogística e engessada do texto legal, e sim o resultado de uma experiência verdadeiramente dialética⁴⁸.

Contudo, enquanto sujeitos sociais, os juízes e juízas estão inseridos na trama social e suas sentenças são impregnadas de conteúdo valorativo⁴⁹, de modo que estão sujeitos, mesmo que involuntária e inconscientemente, a reproduzirem os estereótipos presentes na sociedade⁵⁰. Aliás, a própria fixação na norma pode ser compreendida como um posicionamento conservador, pois direcionado à estabilização das relações sociais⁵¹.

Nesse cenário, a proclamada neutralidade do Direito torna-se meramente ilusória, na medida em que o discurso jurídico, quando desconsidera as diferenças substantivas entre diferentes pessoas, traduz um poder simbólico que determina “verdades” estereotipadas e robustece a segregação⁵², perpetuando papéis hierárquicos de gênero e negando o tratamento isonômico constitucionalmente garantido, ao mesmo tempo em que relativiza sua própria importância e se distancia da democracia e da justiça social⁵³.

⁴⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo: RT, 1999, p. 57.

⁴⁸ REALE, Miguel. A ética do Juiz na cultura contemporânea. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jan./mar. 1994, p. 67.

⁴⁹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81-82.

⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: CNJ; Enfam, 2021. p. 35.

⁵¹ HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82-83.

⁵² Sobre a infiltração da visão sexista do mundo em sentenças proferidas em casos de violência contra a mulher, vide: FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. Gênero e poder no discurso jurídico. *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-52, 1997.

⁵³ Essa falsa neutralidade do Direito foi bem abordada no Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero, no qual se explicitou: “Agir de forma supostamente neutra, nesse caso, acaba por desafiar o comando da

Cada vez mais, as intrincadas relações sociais e pessoais evidenciam a função normativa que a jurisdição desempenha em casos concretos, diante da impossibilidade de o Legislativo prever e regular todos os direitos e relações de forma tempestiva. Contudo, o desempenho dessa Jurisdição há de ser realizado de forma criteriosa, institucionalizada, ponderada e não dissociada dos ideais democráticos inspiradores do Estado Democrático de Direito⁵⁴. Na busca da promoção da Justiça, deve-se observar, em qualquer fase e ato processual, a implementação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, independentemente da posição que ela ocupa na relação processual⁵⁵.

É inegável que, na concepção democrática, o direito serve à sociedade. Ocorre que a sociedade é mutável, o que torna necessária, em alguma medida, a recriação judicial do Direito, a fim de adaptar-se às complexas necessidades da sociedade contemporânea⁵⁶. Para esse desiderato, cumpre ao juízo afastar-se de padrões decisórios preestabelecidos, turvos e patriarcais, pois só assim poderá contribuir para o progresso dos preceitos estabelecidos pelo Direito.

O reconhecimento dessa mutabilidade dos padrões sociais e da consequente necessidade de constante adaptação do Direito reforça a necessidade de uma postura proativa do Poder Judiciário em corrigir e combater os resquícios de um modelo social anacrônico e violento, isto

imparcialidade. A aplicação de normas que perpetuam estereótipos e preconceitos, assim como a interpretação enviesada de normas supostamente neutras ou que geram impactos diferenciados entre os diversos segmentos da sociedade, acabam por reproduzir discriminação e violência, contrariando o princípio constitucional da igualdade e da não discriminação.” (p. 36).

⁵⁴ WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁵⁵ MARDEGAN, Alexssandra Muniz. A produção da prova testemunhal por videoconferência, o direito ao confronto e o princípio da imediação. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PEREIRA, Rui Soares (coords.). *Novos Desafios da Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2020. p. 48.

⁵⁶ Nesse sentido, afirma-se que “a restrição do direito à norma, seja de caráter abstrato ou geral, não consegue conviver com a nova ideia de justiça, pois essa implicaria na grande confiança no poder criativo do julgador de quem se espera uma “sensibilidade muito refinada” para lidar com as constantes mudanças do contexto social.” (PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millenium, 2005, p. 93).

é, o modelo patriarcal e androcêntrico que ainda atravessa e contamina as diversas camadas sociais. É preciso reconhecer que as instituições jurídicas estão inseridas nesse contexto cultural e buscar ativamente compensar essa desigualdade estrutural, e é com esse objetivo que surge a necessidade de se adotar a perspectiva de gênero como método-interpretativo dogmático⁵⁷, em especial no âmbito da apreciação da prova testemunhal no julgamento de crimes contra a mulher.

O momento de oitiva da vítima, em casos de crimes de violência contra a mulher, traz ao juiz uma dificuldade dobrada: além das dificuldades inerentes à própria obtenção e avaliação da prova testemunhal⁵⁸, deve ser capaz de extrair e avaliar o relato da vítima com efetiva imparcialidade, o que significa não uma falsa neutralidade, mas sim uma postura intencional de desprender-se dos preconceitos socialmente incutidos e impedir que contaminem suas conclusões e a própria condução do processo. É preciso partir da premissa de que esses preconceitos já estão enraizados no imaginário social, e muitas vezes afloram inconscientemente, de modo que apenas poderão ser efetivamente extirpados do discurso jurídico mediante a adoção deliberada da perspectiva de gênero por todos que concorrem para a criação e recriação do Direito, especialmente pelos magistrados e magistradas, dado o poder social que exercem.

Toma-se por paradigma o arquétipo do “ouvinte virtuoso”, concebido por Fricker como aquele que consegue corrigir a influência do preconceito no próprio julgamento de credibilidade⁵⁹. Assim, o ouvinte age com “virtude da justiça testemunhal” quando logra detectar e corrigir, no seu próprio juízo de credibilidade, a influência do preconceito.

Sob este viés, defende-se que cabe ao magistrado ou magistrada desvencilhar-se ativamente dos vieses cognitivos forjados pelo paradigma patriarcal, adotando intencionalmente uma perspectiva de gênero apta a corrigir as distorções geradas por esses vieses, e assim romper com os padrões sociais que respaldam as diversas manifestações da violência contra a mulher.

⁵⁷ AMORIM, Fernanda Pacheco. Neutralidade jurídica: o CNJ e a epistemologia feminista. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jan. 2022.

⁵⁸ A respeito, vide ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*, Coimbra, n. 13, p. 155-173, 2011.

⁵⁹ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 5.

Com esse propósito, destaca-se a importância de medidas e políticas de formação e conscientização daqueles que atuam no Sistema de Justiça⁶⁰, com o objetivo de evitar a revitimização da mulher e os graves erros judiciais que podem decorrer das injustiças epistêmicas no processo penal. Conforme alertam Herdy, Castelliano e Rodas, a “identificação e prevenção desses erros perpassa não apenas por melhorias na legislação e na rotina judicial de produção de provas, mas também pelo aprimoramento epistêmico das instâncias persecutórias e decisórias criminais”⁶¹. Faz-se coro com os autores quando afirmam que esse aprimoramento deve ter como ponto de partida a sensibilização “daqueles que atuam na ponta do sistema, como juízes e delegados, de que a credibilidade não é e não deveria ser atribuída em função de fatores identitários sociais”, e sim em função de uma lógica objetiva, que considere o alinhamento entre as informações e as evidências.

Felizmente, o tema tem alçado crescente proeminência no Brasil, tendo até mesmo sido citado expressamente pelo STJ em recente e inovadora decisão. Trata-se do julgamento do AResp 1.940.381/AL, concluído em 14 de dezembro de 2021, sob a relatoria do ministro Ribeiro Dantas, que fez explícita referência à injustiça epistêmica sofrida pelo réu⁶².

⁶⁰ Essa necessidade de formação específica é reconhecida pela legislação portuguesa, estando entre as medidas destinadas a evitar a vitimização secundária elencadas pela Lei nº 130, de 04 de setembro de 2015 (Estatuto da Vítima). A respeito, vide MORAN, Fabiola. *Ingerência penal & proteção integral à vítima*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 183-184. Uma salutar medida adotada pelo Canadá, com o objetivo de evitar esse enviesamento em julgamentos de crimes contra a mulher, foi proibir “o uso de qualquer referência à história da mulher durante estes julgamentos, só sendo possível este uso com um pedido formal que comprove a relevância desta história” (COITINHO, Denis. *A Complexidade da injustiça epistêmica*. Estado da Arte).

⁶¹ RODAS, Sérgio; CASTELLIANO; Carolina; HERDY, Rachel. Mais uma vítima de injustiça epistêmica. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-20/limite-penal-vitima-injustica-epistêmica>>. Acesso em: 14 dez. 2022.

⁶² Nesse caso, a injustiça epistêmica identificada dizia respeito ao acusado, e foi motivada por preconceitos identitários relativos sobretudo à classe social, “7. Mesmo sem a produção de nenhuma prova direta sobre os fatos por parte da acusação, a tese da legítima defesa apresentada pelo réu foi ignorada. Evidente injustiça epistêmica — cometida contra um jovem pobre, em situação de rua, sem educação formal e que se tornou pai na adolescência —, pela simples desconsideração da narrativa do apresentado.”

Destaca-se que o Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de fornecer diretrizes aos juízes e juízas incumbidos de julgar casos de violência contra a mulher, publicou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero⁶³, que é mais um instrumento para persecução da efetiva igualdade de gênero. Trata-se de verdadeiro guia para julgamentos efetivamente igualitários e não discriminatórios, com o intuito de romper com estereótipos e com culturas de discriminação e de preconceitos.

Outro relevante avanço nessa direção foi a edição da Lei n.º 14.245, de 22 de novembro de 2021, que prevê punição para atos contra a dignidade de vítimas de violência sexual e das testemunhas do processo durante julgamentos. Tal lei foi inspirada no mencionado caso da influenciadora digital Mariana F., e, dentre outras alterações, traz previsão expressa do dever de proteção da honra e dignidade das vítimas e testemunhas de crimes⁶⁴.

Impõe-se capacitar os agentes públicos⁶⁵, especialmente os juízes e juízas, para que, no exercício dessa importante função, tenham as ferramentas cognitivas necessárias para corrigir a influência de preconceitos identitários na formação das próprias convicções, evitando assim a reprodução automática e inconsciente de padrões sociais discriminatórios. E mais, é imprescindível a conscientização dos membros do Poder Judiciário “sobre seu papel e a extensão de sua participação enquanto fator de vitimização secundária”⁶⁶, de modo a se evitar que o

⁶³ Trata-se da Recomendação CNJ n. 128/2022, e foi inspirada no “Protocolo para Juzgar com Perspectiva de Gênero” concebido pelo Estado do México após determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁶⁴ A lei inseriu o art. 400-A no CPP, determinando que “ Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas

⁶⁵ No âmbito das promotorias, essa preocupação com a capacitação prática daqueles que lidam com vítimas de crimes levou à edição de um “Guia prático de atuação do Ministério Público na proteção e amparo às vítimas de criminalidade” pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2019.

⁶⁶ MORAN, Fabiola. *Ingerência penal & proteção integral à vítima*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 216.

Sistema de Justiça continue sendo um espaço de perturbações de caráter secundário e julgamento moral da mulher já violentada pelo agressor e pela sociedade.

É claro que, conforme reconhece a própria Miranda Fricker⁶⁷, há um limite ao que se pode alcançar apenas com o desenvolvimento das virtudes éticas individuais, já que a injustiça epistêmica está enraizada em estruturas de poder e desigualdades sistêmicas. Sendo assim, o dever de adotar medidas para combater essas injustiças e garantir o bem-estar da vítima e/ou testemunha não é apenas dos juízes individualmente considerados, mas do Sistema de Justiça como um todo, pois o expectável não é que haja empatia, mas o mínimo de respeito pela dignidade da vítima e sua condição de pessoa humana e cidadã destinatária de justiça.

Ressalte-se que, embora caiba ao juízo apreciar o valor probatório do testemunho da vítima, essa avaliação deve ser sempre motivada na sentença judicial, que deve explicitar os critérios e premissas que conduziram à conclusão adotada. Sob este viés, o dever de fundamentação das decisões judiciais⁶⁸ emerge como importante mecanismo de controle sobre

⁶⁷ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 8.

⁶⁸ A obrigação da fundamentação das decisões é uma exigência que decorre do direito a um processo equitativo, estando consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 49), tal qual a maioria dos ordenamentos jurídicos. No Brasil, o dever de fundamentação consagrou-se constitucionalmente na Constituição de 1988 (artigo 93, IX, da CF), embora houvesse clamor doutrinário. Em meados da década de 80, José Rogério Cruz e Tucci, destacava a premente necessidade de se elevar ao *status* constitucional a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais (TUCCI, José Rogério Cruz. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 153). No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, defendia que o princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, sendo garantia inerente ao Estado de Direito, fazia jus a previsão expressa na Constituição brasileira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 94). Sobre a evolução histórica do dever de fundamentação, trata o tema de forma satisfatória, abordando desde o início do direito romano até o direito atual, passando pelo direito hispano-lusitano, luso-brasileiro e brasileiro: FERNANDES, José Henrique Lara. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

a atuação judicial, pois requer do juízo a expressão do percurso mental que formou sua convicção fática, revelando suas convicções e axiomas⁶⁹.

A motivação adequada e justa garante a transparência da atividade judicante e propicia o autocontrole e o controle social das decisões judiciais⁷⁰, sendo, pois, a pedra de toque que permite à sociedade a aferição da tutela estatal dispensada aos jurisdicionados⁷¹. Esse dever assume redobrada importância no julgamento de casos de crimes contra a mulher, pois obriga o juízo a expor fundamentadamente as razões que o levaram a acolher ou não a versão dos fatos apresentada pela vítima, o que coíbe arbítrios e possibilita o controle sobre os processos de convencimento⁷², especialmente no que tange à identificação de eventual influência indevida de preconceitos identitários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora sejam inegáveis os progressos do ordenamento jurídico nas últimas décadas, em matéria de igualdade de gênero, a sociedade ainda está longe de alcançar a igualdade substantiva idealizada pelo constituinte

⁶⁹ Menciona Piero Calamandrei que: “A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou”. (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*. Tradução de: Ary dos Santos. 4.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971, p. 143).

⁷⁰ MIRANDA, Felipe Arandy. *A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional*. Brasília: IDP, 2014. p. 203.

⁷¹ Nas palavras de MOUROS-MATA, Maria de Fátima. A fundamentação da decisão como discurso legitimador do poder judicial. *Boletim Informação & Debate*. Lisboa, s. 4, n. 2, dez. 2003. p. 112, a motivação “confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do poder judicial e à validade das suas decisões, a qual não reside nem no valor político do órgão judicial nem no valor intrínseco da justiça das suas decisões, mas na verdade que se contém na decisão”.

⁷² BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018. p. 75.

originário. A estrutura social ainda é marcada pela dominação-exploração da mulher, em contraste ao poder social masculino, e essa desproporção reflete em nível cognitivo, implicando graves distorções na distribuição da credibilidade atribuída às pessoas.

Uma das manifestações do poder social é o poder identitário, de modo que as estruturas de poder forjadas pelo patriarcado se manifestam nas práticas epistêmicas, inclusive sob a guarida da pretensa neutralidade do discurso jurídico. Sendo assim, a estrutura de poder social androcêntrica reflete no desbalanço entre o grau de credibilidade atribuído às mulheres e aos homens, no âmbito do processo penal, o que abre margem para graves injustiças, principalmente no julgamento de casos de violência contra a mulher, culminando na impunidade do homem e na culpabilização da mulher com base em estereótipos de gênero.

De fato, o senso comum de culpabilização das mulheres reforça um sistema de subordinação que passa pelas relações familiares, profissionais e sociais em que estão envolvidas mulheres consideradas indignas da proteção da própria lei⁷³.

Embora a influência desse preconceito seja, na maioria das vezes, velada, é possível detectá-la nitidamente em certos casos de grande repercussão nacional, nos quais os estereótipos de gênero afloram intensamente na opinião pública, evidenciando sua subsistência no imaginário social. Contudo, o Direito não deve servir para perpetuar injustiças materiais e legitimar desigualdades sociais, sendo imprescindível que o Poder Judiciário assuma o papel de transformar a sociedade, buscando uma igualdade substantiva, e não apenas de manter o *status quo*, reproduzindo estruturas de poder assimétricas, sob o manto da suposta neutralidade do Direito.

Diante disso, no que diz respeito ao problema enfocado no presente artigo, isto é, quanto ao papel do Poder Judiciário no enfrentamento da violência epistêmica contra as mulheres, entende-se que o juiz ou juíza avoca esse papel de agente de transformação social ao se desvencilhar de paradigmas patriarcais e ativamente combater a influência de preconceitos e estereótipos neles fundados, visando uma prática epistêmica

⁷³ MATTOS, Cristiane Araújo de. 'Patriarcado público': estereótipos de gênero e acesso à justiça no Brasil. *Revista Ágora*, Vitória, n. 22, p. 158-169, 2015. p. 161.

virtuosa. Essas virtudes devem ser estimuladas pelos entes de classe, que devem tomar iniciativas visando conscientizar seus membros a respeito da justiça epistêmica e das práticas que podem ser adotadas para mitigar os perniciosos efeitos do preconceito identitário no Sistema de Justiça, como fez o CNJ ao editar o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, em 2021. Afinal, conforme alerta Fricker⁷⁴, a importância do desenvolvimento individual das virtudes epistêmicas não afasta a necessidade de mudanças estruturais, pois é nas estruturas sociais que repousam as raízes da injustiça epistêmica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRIY, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 825-853, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5291>

AMORIM, Fernanda Pacheco. Neutralidade jurídica: o CNJ e a epistemologia feminista. *Revista Consultor Jurídico*, 10 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-10/amorim-neutralidade-juridica-cnj-epistemologia-feminista>>. Acesso em: 20 fev. 2023.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre a formação racional da convicção judicial. *Julgar*, Coimbra, n. 13, p. 155-173, 2011. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo: RT, 1999.

ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE APOIO À VÍTIMA (APAV). *Estatísticas APAV – Relatório Anual 2022*. Disponível em: <https://apav.pt/apav_v3/images/press/Relatorio_Anual_2021.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2022.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 6.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

⁷⁴ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 8.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Tradução de: Ary dos Santos. 4.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* *Atlas da Violência 2021*. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5141-atlas-daviolencia2021completo.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2022.

COITINHO, Denis. A Complexidade da injustiça epistêmica. Estado da Arte. Disponível em: <<https://estadodaarte.estadao.com.br/injustica-epistemica-coitinho/>>. Acesso em: 14 dez. 2022.

CONJUR. Justiça deve ser instrumento de acolhimento, não de humilhação, 3 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-03/justica-instrumento-acolhimento-nao-humilhacao>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero* [recurso eletrônico]. Brasília: CNJ; Enfam, 2021. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 21 dez. 2022.

CORRÊA, Vanisse Simone Alves. A visão androcêntrica do mundo: elemento facilitador para o acesso dos homens às funções da gestão escolar. *Jornal de Políticas Educacionais*, v. 4, n. 7, p. 53-60, 2010. <https://doi.org/10.5380/jpe.v4i7.21863>

CRAIG, Elaine. *Putting Trials on Trial: sexual assault and the failure of the legal profession*. Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2018.

DE MATTOS, Cristiane Araújo. Patriarcado público: estereótipos de gênero e acesso à justiça no Brasil. *Revista Ágora*, v. 22, p. 158-169, 2018. <https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.99>

FERNANDES, José Henrique Lara. *A Fundamentação das Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ, Lucas. As gravações do caso Robinho na justiça italiana: “A mulher estava completamente bêbada”. Globo Esporte, 16 out. 2020.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. Gênero e poder no discurso jurídico. *Revista de Ciências Humanas*, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-52, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6.ed. Tradução: Alexandra Figueiredo *et al.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81-82.

HONÓRIO, Gustavo. Advogados de agressores anexam fotos de vítimas de estupro usando biquíni, e defensoras denunciam ‘violência simbólica’ e falta de ética. 17 fev. 2023. Disponível em: <<https://ligademocratica.com/publicacao/284987/advogados-de-agressores-anexam-fotos-de-vitimas-de-estupro-usando-biquini-e-defensoras-denunciam-violencia-simbolica-e-falta-de-etica.htm>>. Acesso em: 23 fev. 2023.

LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, Kevin (ed.). *Believing in Accordance with the Evidence: New Essays on Evidentialism*. Synthese Library. v. 398. Springer: Cham, 2018. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95993-1_10

LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

LEITE, Inês Ferreira. A tutela penal da liberdade sexual. *Revista portuguesa de ciência criminal*, v. 21, n. 1, p. 29-94, 2011.

LIMA JUNIOR, Manoel Pereira. Injustiça epistêmica e a questão racial. *Coluna ANPOF*; 4 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.anpof.org.br/comunicacoes/coluna-anpof/injustica-epistemica-e-a-questao-racial>>. Acesso em: 13 dez. 2022.

MARDEGAN, Alexsandra Muniz. A produção da prova testemunhal por videoconferência, o direito ao confronto e o princípio da imediação. In: SOUSA MENDES, Paulo de; PEREIRA, Rui Soares (coords.). *Novos Desafios da Prova Penal*, Coimbra: Almedina, 2020. p. 47-81.

MATIDA, Janaina. É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. *Limite Penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

MATIDA, Janaina. Precisamos fortalecer a defesa criminal com perspectiva de gênero. *Limite Penal*, 18 nov. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-18/limite-penal-precisamos-fortalecer-defesa-criminal-perspectiva-genero>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

MATTOS, Cristiane Araújo de. ‘Patriarcado público’: estereótipos de gênero e acesso à justiça no Brasil. *Revista Ágora*, Vitória, n. 22, p. 158-169, 2015.

MEDINA, José. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology: A Journal of knowledge*, v. 25, n. 1, p. 15-35, 2011. <https://doi.org/10.1080/02691728.2010.534568>

MIRANDA, Felipe Arandy. *A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional*. Brasília: IDP, 2014.

MORAN, Fabiola. *Ingerência penal & proteção integral à vítima*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOUROS-MATA, Maria de Fátima. A fundamentação da decisão como discurso legitimador do poder judicial. *Boletim informação & debate*. Lisboa, s. 4, n. 2, dez. 2003.

PORTO, Madge; COSTA, Francisco Pereira. Lei Maria da Penha: as representações do judiciário sobre a violência contra as mulheres. *Estudos de Psicologia*, v. 27, n. 4, p. 479-89, 2010. <https://doi.org/10.1590/s0103-166x2010000400006>

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millenium, 2005.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. *Dano Psíquico como crime de lesão corporal na violência doméstica*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

REALE, Miguel. A ética do Juiz na cultura contemporânea. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, jan./mar. 1994, p. 67.

RODAS, Sérgio; CASTELLIANO; Carolina; HERDY, Rachel. Mais uma vítima de injustiça epistêmica. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-20/limite-penal-vitima-injustica-epistemica>>. Acesso em: 14 dez. 2022.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VIEIRA, Renato. Veja trecho em que Mariana Ferrer chora ao ser pressionada por advogado em audiência. Estadão, 4 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/brasil/veja-trecho-em-que-mariana-ferrer-chora-ao-ser-pressionada-por-advogado-em-audiencia/>>. Acesso em: 21 fev. 2023.

VENTURA, Isabel. *Medusa no Palácio da Justiça, ou, Uma história da violação sexual*. Lisboa: Tinta da China, 2018.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Authorship information

Alexssandra Muniz Mardegan. Mestranda em Direito (Área de concentração: Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Lisboa (2018-); Especialista em Direito Agrário pelo Centro Universitário do Estado do Pará (2012); Especialista em Direito Eleitoral pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2009); Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (2005). Foi Defensora Pública do Estado do Pará (maio de 2007 à maio de 2008), quando então ingressou no cargo de Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, permanecendo até os dias atuais. alexssandramardegan77@gmail.com

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

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 28/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 16/01/2023
- Review 2: 23/01/2023
- Review 3: 26/01/2023
- Preliminary editorial decision: 11/02/2023
- Correction round return: 27/02/2023
- Final editorial decision: 13/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MARDEGAN, Alexssandra M. Injustiça epistêmica: a prova testemunhal e o preconceito identitário no julgamento de crimes contra a mulher. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 65-100, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.788>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas


*Are There Hermeneutical Injustices in the Law? A Realistic Reading
of the Judicial Unintelligibility of Marginalized Experiences*

Rachel Herdy¹

Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, Chile

rachel.herdy@uai.cl


 <http://lattes.cnpq.br/7021548116488357>


 <https://orcid.org/0000-0003-0210-3567>

Carolina Castelliano²

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

carolina.castelliano@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3655153029852954>

 <https://orcid.org/0000-0002-6164-9431>

Las lagunas hermenéuticas son como agujeros en el ozono –son las personas que viven debajo de ellas las que se quemán–.
(Miranda Fricker, 2007)

RESUMEN: Este artículo discute la aplicación del concepto de injusticia hermenéutica (Miranda Fricker, 2007) en contextos judiciales. Se argumenta que la aplicación de este concepto para capturar los problemas de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas no es tan claramente discernible. Hay un obstáculo para su aplicación al derecho cuando se analizan los elementos que, según Fricker, componen la definición de injusticia hermenéutica. Más específicamente,

¹ Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Doctora en Sociología (UERJ).

² Doctora en Derecho, Programa de Posgrado en Derecho, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Defensora Publica Federal.

su carácter puramente estructural no encaja muy bien con una perspectiva realista de la actividad de interpretación judicial. Desde esa perspectiva, los intérpretes judiciales tienen un papel decisivo en la evitación o creación de lagunas hermenéuticas. Más allá del componente agencial de la injusticia hermenéutica judicial, se argumenta que la intencionalidad del intérprete judicial es, en cierto sentido, peculiar –lo que es particularmente evidente en los casos penales–. La conclusión de este artículo es que la injusticia hermenéutica judicial desdibuja la línea entre las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica, de modo que la definición de Fricker es solo parcialmente útil para el derecho.

PALABRAS-CLAVE: Injusticia hermenéutica; interpretación judicial; intencionalidad; realismo jurídico.

ABSTRACT: *This article discusses the application of the concept of hermeneutical injustice (Miranda Fricker, 2007) in judicial contexts. It argues that the application of this concept to capture problems of judicial unintelligibility of marginalized experiences is not so clearly discernible. There is an obstacle for its application in the law when the elements that, according to Fricker, comprise the definition of hermeneutical injustice are analyzed. More specifically, its purely structural character does not fit very well in a realistic picture of the activity of judicial interpretation. From this perspective, judicial interpreters have a decisive role in avoiding or creating hermeneutical gaps. Beyond the agential component of judicial hermeneutic injustice, it is argued that the intentionality of the judicial interpreter is, in a certain sense, peculiar – and this is particularly evident in criminal cases. The conclusion of this article is that judicial hermeneutical injustice blurs the line between the structural and agential dimensions of hermeneutical injustice, so that Fricker's definition is only partially useful for law.*

KEYWORDS: *Hermeneutical Injustice; Judicial Interpretation; Intentionality; Legal Realism.*

1. INTRODUCCIÓN

La injusticia testimonial ocurre cuando un estereotipo negativo con relación a la identidad de un hablante provoca una deflación en el nivel de credibilidad que sus palabras reciben por parte de sus oyentes.

No es difícil imaginar que el contexto judicial de investigación y condena es un ambiente oportuno para la manifestación de prejuicios que afectan directamente la credibilidad de las diferentes personas involucradas en procedimientos criminales. Inmigrantes ilegales imputados por el delito de narcotráfico pueden sufrir un déficit de credibilidad cuando alegan ser inocentes; mujeres transexuales víctimas de violencia de género pueden recibir una deflación de sus relatos sobre agresiones; testigos de defensa residentes de barrios pobres pueden ser desacreditados cuando detallan los abusos de las autoridades policiales en sus respectivas comunidades. La nacionalidad, el género y la clase social son ejemplos de prejuicios identitarios que suelen provocar injusticias testimoniales contra diferentes actores del proceso criminal. Los prejuicios son epistémicamente –además de éticamente– culpables porque resultan en atribuciones deficitarias de credibilidad que no están bien calibradas con relación a las evidencias disponibles³.

El potencial crítico del concepto de injusticia testimonial para el análisis de las transacciones epistémicas que ocurren en el contexto judicial se puede ver no solo en los ejemplos trabajados originalmente por Miranda Fricker (2007),⁴ sino también en otros estudios que enfocan el mundo jurídico. El tema fue objeto de consideración por Hock Lai Ho (2012) con respecto a la filosofía del derecho probatorio, pero podemos destacar estudios más recientes: Fyfe (2018) se vuelve al contexto del derecho criminal internacional; Townsend & Townsend (2021) se dedican a discutir el tema de los daños epistémicos (testimoniales y hermenéuticos) que sufren los indígenas en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos; Jennifer Lackey (2021, 2022 y 2023), José Medina (2021) y Janaina Matida (2020) discuten la injusticia testimonial por exceso de credibilidad en los casos de confesiones falsas y reconocimiento

³ Aquí se nota que Fricker adopta una perspectiva evidencialista con respecto a las razones que justifican creer en el testimonio de alguien. Para una crítica, véase Jennifer Lackey (2018).

⁴ La transacción epistémica entre un hombre negro y los jurados blancos de un tribunal norteamericano representó un importante contexto para la elucidación del concepto de injusticia epistémica en el libro de Miranda Fricker, *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing* (2007). Se trata del caso ficticio de Tom Robinson, narrado en el romance *To Kill a Mockingbird*, de Harper Lee.

de personas⁵; y Páez y Arcila-Valenzuela (2022) critican los obstáculos probatorios para la aplicación judicial del concepto de injusticia testimonial.

En este trabajo, ofrecemos una contribución a la reflexión sobre las injusticias epistémicas en el derecho, pero con atención a la *injusticia hermenéutica* –un tema que comparativamente no ha generado tanta discusión entre los juristas–. La injusticia hermenéutica es “la injusticia de verse frustrado en un intento de hacer inteligible una experiencia social significativa (para uno mismo y/o para los demás), donde la marginación hermenéutica es un factor causal significativo en ese fracaso” (Fricker & Jenkins, 2017, p. 268). Mientras que el daño epistémico en el caso de la injusticia testimonial es un déficit de *credibilidad*, el daño epistémico en el caso de la injusticia hermenéutica se caracteriza como un déficit de *inteligibilidad*. Según los ejemplos trabajados por Fricker, este tipo de injusticia epistémica también parece tener en el contexto judicial un ambiente oportuno para su manifestación⁶.

De hecho, la idea de injusticia hermenéutica parece resonar bien entre los juristas, pues muchos de los ejemplos que son calificados bajo esta forma de injusticia epistémica han sido antes problematizados por el movimiento del *Critical Legal Studies* y las teorías feministas y raciales del derecho. Desde la década de 1980, los teóricos críticos han denunciado las instituciones jurídicas y sus doctrinas, categorías, conceptos y interpretaciones –en definitiva, todo lo que Fricker clasificaría como pertenecientes a los “recursos hermenéuticos colectivos” (2007, p. 155) del derecho –. Para los teóricos críticos del derecho, esos elementos son expresiones del poder y de la opresión social. El pluralismo de experiencias sociales debe ser incorporado en los institutos jurídicos y las decisiones judiciales. Como escribió Katherine O’Donovan (1991), en referencia a los casos de las mujeres acusadas de matar a sus parejas abusivas, es

⁵ La idea de que puede haber injusticia testimonial por *exceso* de credibilidad ha llevado a Fricker a repensar los contornos del concepto de injusticia testimonial y sus campos de aplicación (2022). Como el enfoque de este artículo es sobre las injusticias hermenéuticas, no profundizaremos en este punto.

⁶ Fricker trabaja el caso de la “doctrina de la provocación”, un instituto jurídico de la *common law* cuyo significado debe ser adaptado para dar cuenta de la situación de las mujeres maltratadas que son acusadas de matar a sus compañeros (Fricker, 2013). Más adelante vamos a considerar este ejemplo.

necesario “dar forma a las definiciones para que el derecho se ajuste a la experiencia de las mujeres”. Esta resonancia que parece tener en el derecho la idea de injusticia hermenéutica incluso podría llevar a algunos a pensar que la teorización sobre este fenómeno epistémico no es algo tan innovador para los juristas.

Sin embargo, a pesar de la resonancia que la idea de injusticia hermenéutica tiene en la teoría crítica del derecho, la aplicación de este concepto para dar cuenta de los problemas de la ininteligibilidad judicial de experiencias sociales marginadas no es tan claramente discernible. Hay un obstáculo conceptual para su aplicación en el contexto judicial cuando se analizan los elementos que, según Fricker, componen el concepto de injusticia hermenéutica. Más específicamente, el carácter “puramente estructural” que determina este tipo de injusticia (Fricker, 2007, p. 159), que lleva a Fricker a decir que “ningún agente *perpetúa* una injusticia hermenéutica”, no encaja muy bien con la actividad de interpretación que tiene lugar en el ámbito judicial. Identificamos una limitación conceptual para la aplicación de esta noción estructural de injusticia en el derecho, y esta limitación se hace evidente desde el momento en que adoptamos una posición realista respecto a la actividad de interpretación judicial.

A continuación, explicaremos en qué consiste el elemento estructural de la injusticia hermenéutica y el abordaje realista de la interpretación judicial. Por ahora, basta decir que una posición realista respecto a la interpretación judicial reconoce el rol del intérprete como un agente con capacidad de modificar los recursos hermenéuticos –para bien o para mal–. Esta perspectiva de la interpretación judicial como una actividad intencional y política no encaja con la idea de que las injusticias hermenéuticas tienen una “naturaleza no deliberativa” (Fricker, 2017, p. 55). Lo que resulta de la concepción estructural de Fricker respecto a las injusticias hermenéuticas no es solo la idea de que no hay perpetradores, sino también que dichas injusticias “tienden a persistir independientemente de esfuerzos individuales” (p. 54). Como vamos a argumentar, en el ámbito judicial lo que ocurre es justamente lo contrario.

Este trabajo se divide en tres secciones, más allá de esta Introducción. La sección 2 presenta el concepto de injusticia hermenéutica de Fricker, sus modalidades (máxima, intermedia y mínima) y la discusión sobre su carácter estructural. La sección 3 desarrolla la noción de *injusticia*

hermenéutica judicial, relacionándola con los elementos que caracterizan la injusticia hermenéutica de Fricker. La sección 4 está orientada a la Teoría del Derecho en particular. Ofrecemos consideraciones sobre el análisis realista de la actividad de interpretación judicial. En particular, exploramos cómo los realistas analizan el problema de las lagunas, y cómo este fenómeno se relaciona con la marginación hermenéutica. Vamos a decir también algunas palabras sobre el carácter peculiar de la agencia judicial. El principal argumento de este artículo es que el abordaje realista de la interpretación judicial desdibuja la línea entre las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica, haciendo con que el concepto –por lo menos en la forma en que es defendido por Fricker– sea parcialmente útil para capturar el fenómeno de la injusticia hermenéutica cuando el oyente es un juzgador y la transacción ocurre en el tribunal.

2. PARA ENTENDER EL CONCEPTO DE INJUSTICIA HERMENÉUTICA

La injusticia hermenéutica ocurre cuando, debido a la marginación hermenéutica, el hablante carece de conceptos y categorías para dar sentido a su propia experiencia y/o comunicarla a otras personas, grupos o instituciones. La marginación hermenéutica puede entenderse, en términos generales, como la posición desventajosa de ciertas personas y grupos en prácticas colectivas de construcción de conceptos y significados sobre hechos sociales. En los casos considerados centrales para Fricker, la marginación hermenéutica es persistente y amplia, pues se relaciona con otras formas de opresión que afectan al sujeto o al grupo social al que pertenece. Esos son justamente los casos *sistemáticos*, y no simplemente *incidentales* (Fricker, 2007, p. 155). Luego, aunque se trate de un tipo genérico de injusticia hermenéutica, no constituye un caso central la situación en la que el hablante tiene su inteligibilidad comprometida en un aspecto muy localizado de su experiencia (v.g., el caso de un hombre blanco, educado, de clase media y *cis*, que se siente acosado por un fanático religioso sin ser capaz de comunicar su experiencia a su compañera o a la policía)⁷.

⁷ Se trata de un ejemplo que Fricker toma de la novela de Ian McEwan, *Enduring Love* (2007, pp. 156-157). Por otro lado, según Fricker (2007, p. 152),

De la misma forma que la injusticia testimonial es provocada por un prejuicio identitario, los casos centrales de injusticia hermenéutica también son provocados por un tipo estructural de prejuicio identitario. Sin embargo, lo que termina siendo afectado no es la credibilidad del hablante, sino su inserción plena en prácticas colectivas de construcción de conceptos y significados⁸. Por lo tanto, según la definición de Fricker, con respecto a los casos centrales (que son los que aquí nos interesan), la injusticia hermenéutica es “la injusticia de tener un área significativa de la experiencia social de uno oscurecida de la comprensión colectiva debido a un prejuicio de identidad estructural en el recurso hermenéutico colectivo” (Fricker, 2007, p. 155).

En su libro de 2007, los ejemplos trabajados por Fricker para ilustrar los casos centrales de injusticia hermenéutica fueron los casos reales de Wendy Sanford y Carmita Wood. Los casos se inspiraron en las narraciones sobre los movimientos de liberación de las mujeres contenidas en el libro de Susan Brownmiller (1990). Wendy fue una mujer republicana, de clase alta, que sufrió de depresión posparto. Su marido la culpaba, y ella también lo hacía, por algo que hoy es reconocido como una condición de salud, pero que en su momento fue visto como una histeria o deficiencia personal. Carmita, a su vez, fue una mujer que sufrió acoso sexual en el trabajo en la década de sesenta. La historia de Carmita es extraordinaria, pues revela el contexto en el que se originó el propio término “acoso sexual”. Los dos casos narran situaciones reales en las que mujeres en la década de 1960 tuvieron dificultad para expresar ciertas experiencias negativas debido a un déficit en los recursos hermenéuticos

casos de mala suerte epistémica, como la situación de una persona que padece de una enfermedad para la que aún no existe una terminología adecuada, no serían ejemplos de injusticia hermenéutica. Es fundamental que la escasez de conceptos que hace que alguien no pueda dar sentido o comunicar sus experiencias sea provocada por alguna fuerza social que le impide participar en prácticas hermenéuticas generadoras de significados.

⁸ Existe una relación constitutiva (aunque sea subliminal) entre las injusticias testimonial y hermenéutica. El déficit de credibilidad atribuido a los testimonios de una persona afectará la inteligibilidad de sus experiencias sociales significantes por parte de los miembros de la comunidad. Si no se cree el hablante, él jamás podrá alcanzar la participación deseada en la producción de los conceptos y significados de fondo necesarios para la inteligibilidad de sus experiencias (v. Fricker, 2016, p. 163).

que circulaban en las relaciones sociales de su época. Las categorías de depresión posparto y acoso sexual no existían para que ellas pudiesen dar sentido a sus propias experiencias y comunicarlas a los demás. Sin embargo, aunque hoy estas nociones pueden encontrar espacio en el ámbito judicial, ellas no constituyeron, en los casos específicos narrados por Fricker, situaciones que se daban en el ambiente institucional del derecho.

En un texto de 2013, Fricker nos ofrece otro ejemplo, ahora jurídico, para elucidar el concepto de injusticia hermenéutica. Se trata del caso de la mujer maltratada que mata a su marido abusador (comentado en la Introducción de este artículo). En el pasado, la *common law* no admitía que bajo la categoría jurídica de la “provocación” se pudiese cualificar la reacción de la mujer maltratada cuando la violencia había ocurrido momentos –minutos, horas o días– antes de la efectiva práctica del delito. Para la configuración de la provocación, resultaba relevante demostrar que el imputado reaccionaba en el “calor del momento”. Sin embargo, las mujeres que matan sus compañeros violentos frecuentemente sufren agresiones de manera prolongada; y cuando reaccionan, lo hacen con el recelo de un ataque futuro, y no frente a un ataque inminente. Además, debido a su situación de extrema vulnerabilidad, no es raro que esos delitos sean practicados cuando el agresor se encuentra acostado y sin posibilidad de reaccionar, lo que era interpretado por los tribunales como un caso de venganza. El punto es que la cualificación de la reacción de las mujeres imputadas como una provocación era importante, pues permitiría tipificar el delito de homicidio como involuntario. De esa manera, se conseguiría mitigar la culpabilidad de la mujer que mataba a su cónyuge que por muchos años efectivamente la provocaba con conductas violentas –así como se mitigaba el asesinato de los “hombres razonables” que pierden el control frente a una provocación–⁹.

⁹ Es interesante mencionar que, en el sistema jurídico brasileño, se utiliza el concepto de *inexigibilidad de conducta diversa*, previsto en el artículo 22 del Código Penal, para excluir la culpabilidad de las mujeres que matan a sus maridos agresivos. El documental *Legítima Defesa* (2017), dirigido por Sussana Lira y producido por Leda Stopazzolli, cuenta historias reales de mujeres que, bajo este argumento, fueron absueltas de la acusación de homicidio por el Tribunal del Jurado. No podemos explorar este tema, pero debemos hacer un breve comentario. Nos parece menos problemático enmarcar el caso de la mujer maltratada acusada de homicidio en la categoría de inexigibilidad de

Luego de las críticas que recibió de José Medina (2012 y 2013), respecto de las muchas dinámicas de comunicación en la sociedad, los escritos posteriores de Fricker empezaron a reconocer que la injusticia hermenéutica es un concepto internamente diverso, ya que puede asumir diferentes intensidades dependiendo del *grado* y de la *extensión* de la ininteligibilidad (Fricker, 2013 y 2016). En cuanto a dicho grado, la injusticia hermenéutica puede ser más grave, causada por la total carencia de una categoría conceptual (v.g., la inexistencia del término “acoso sexual” en la década de 1960); o puede asumir una forma menos grave, en la cual los términos o conceptos existen, pero su denotación (i.e., los objetos a que se refieren) o incluso su connotación (i.e., las asociaciones que se pueden hacer a las palabras) no sea suficientemente extensa para capturar la experiencia de una persona o grupo social marginado (v.g., la categoría del feminicidio con relación al asesinato de mujeres transexuales). Respecto a la extensión de la ininteligibilidad, para entender mejor esta idea, podemos pensar en un *continuum* de posibilidades en dirección a la inteligibilidad compartida con grupos cada vez más grandes (Fricker, 2013 y 2016). Si la víctima ni siquiera puede dar sentido a su propia experiencia, debido a la ausencia completa de un nombre o de una interpretación disponible en los recursos hermenéuticos de su comunidad, entonces se estaría frente a un caso máximo de injusticia hermenéutica. Un caso que se sitúa “a mitad del camino” ocurriría cuando la víctima no es capaz de comunicar su experiencia a un grupo social específico, como las autoridades del Estado, pero es capaz ella misma de dar sentido a su propia experiencia y comunicarla dentro de su grupo social marginado. Los recursos conceptuales se ubican en un estrecho espacio social. Finalmente, puede haber un tercer grado de injusticia en el que la práctica hermenéutica funciona plenamente pero no puede compartirse en ocasiones específicas, puntuales. En estos casos, la dificultad de transmitir información en términos inteligibles es un hecho aislado en la vida de la persona, de modo que la injusticia hermenéutica sería incidental o no sistemática.

conducta diversa que enmarcarlo en la categoría de provocación, lo que tal vez indica la inclinación del *common law* hacia prácticas hermenéuticas más maleables y interpretaciones evolutivas de sus institutos.

Un elemento que Fricker considera central en la caracterización de la injusticia hermenéutica es su naturaleza estructural –lo que resultará parcialmente problemático para la caracterización de la dimensión judicial de este fenómeno–. “La injusticia hermenéutica, ya sea incidental o sistemática, no implica ningún culpable”, afirma Fricker. “Ningún agente *perpetra* la injusticia hermenéutica, es una noción puramente estructural” (Fricker, 2007, p. 159)¹⁰. Para Fricker, no existe un agente perpetrador de este tipo de injusticia porque la marginación que provoca el déficit de inteligibilidad de ciertas personas pertenecientes a grupos sociales esta presente de manera *objetiva* en los recursos hermenéuticos. La idea de que no hay culpable queda clara en este otro pasaje:

La injusticia hermenéutica no es infligida por ningún agente, sino que es causada por una característica del recurso hermenéutico colectivo –un punto ciego único (en casos incidentales) o (en casos sistemáticos) una laguna generada por un prejuicio de identidad estructural en el repertorio hermenéutico– (Fricker, 2007, p. 168).

Con el tiempo, algún componente agencial de la injusticia hermenéutica pasa a ser reconocido por Fricker (2017), después de las críticas que recibe de Mason (2011), Dotson (2012), Medina (2012, 2013, 2017) y Pohlhaus, Jr. (2012)¹¹. Ella admite que la conducta individual de un agente virtuoso puede “mitigar” o “erosionar” una marginación hermenéutica, pero sostiene que “la erradicación real de este tipo de injusticia requerirá mucho más que estos ligeros empoderamientos hermenéuticos interpersonales” (Fricker, 2017, p. 55). En un seminario reciente al que asistimos¹², Fricker hizo una distinción interesante entre

¹⁰ Las cursivas son de la autora.

¹¹ Por ejemplo, a partir de las críticas de Medina (2012 y 2013) al papel del agente en la co-perpetración de las injusticias hermenéuticas y a la posibilidad de un tipo de “ignorancia activa”, y también de la idea de Pohlhaus, Jr. (2012) de que hay un tipo de “ignorancia hermenéutica intencional”, Fricker (2016) discute formas de ignorancia que pueden estar involucradas en el fenómeno de las injusticias hermenéuticas. Es en este contexto que se inserta la discusión sobre la relación entre las formas de injusticia hermenéutica y el caso de la “ignorancia blanca” de Charles Mills (v. Fricker, 2016).

¹² Se trata del seminario *Injusticias epistémicas: de las formas interpersonales a las institucionales*, organizado por Leandro de Brasi en la Universidad de La

las ideas de *perpetrar y perpetuar*, la cual vale la pena recapitular aquí¹³. Aunque la injusticia hermenéutica no puede perpetrarse, en el sentido de que puede brotar o *nacer a la vida*¹⁴ por medio de la acción de un agente en particular, Fricker explica que ella puede perpetuarse de esa misma manera. La perpetuación implica la idea de dar continuidad a algo que ya existe. Se trata de una noción que confiere algún papel agencial al oyente-intérprete, pero también reconoce que se trata de un papel periférico.

En resumen, Fricker sostiene que el daño de la injusticia hermenéutica resulta de una acción no-deliberada, no-intencional. Si un oyente “pretende no entender cuando en realidad entiende perfectamente bien, entonces esa es una injusticia estrechamente relacionada pero distinta de la injusticia hermenéutica” (2017, p. 55). Para Fricker, las personas pertenecientes a grupos hermenéuticamente marginados pueden sufrir un daño epistémico al intentar comprender sus propias experiencias o comunicarlas a otros, pero eso no es algo que suceda a propósito o de manera consciente.

Como mencionamos, algunos críticos del trabajo de Fricker han rechazado la idea de que la injusticia hermenéutica es una noción puramente estructural; que ella no involucra a ningún perpetrador; que la intencionalidad y la deliberación no son aspectos centrales de esta transacción epistémica disfuncional (ver Mason 2011; Dotson 2012; Pohlhaus, Jr. 2012; y Medina 2012, 2013 y 2017). El argumento de este artículo va inicialmente en la misma dirección, pero con reservas en cuanto al carácter peculiar de la intencionalidad judicial. Se llamará la atención para el hecho de que la intencionalidad es una característica distintiva del fenómeno de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas (quizás más en comparación con otras transacciones epistémicas), pero también que esta acción deliberada del intérprete-juzgador puede estar basada en razones de orden institucional y, de esa forma, no ser tan culpable (o al menos no tan directamente). Si bien el carácter intencional

Frontera, en Pucón, Chile (noviembre, 2022).

¹³ De hecho, la idea de perpetuar aparece en la crítica de Medina (2012, p. 2018) a la falta de atención de Fricker al aspecto agencial de la injusticia hermenéutica.

¹⁴ “*Come into being*” es la expresión de Fricker en el *handout* distribuido en el referido evento.

de la injusticia hermenéutica judicial implicará una ruptura con la noción estructural de Fricker, el elemento de culpabilidad mitigada parece conservar uno de sus componentes centrales. La conclusión de este artículo es que la marginación hermenéutica judicial desdibuja las líneas entre las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica.

3. LA ININTELIGIBILIDAD JUDICIAL DE EXPERIENCIAS MAGINADAS

En esta sección, vamos a trabajar con la idea de que la marginación hermenéutica judicial ocurre cuando el sujeto o el grupo social no es capaz de contribuir para la formación del fondo de conceptos y significados del mundo jurídico –la cual constituye, quizás en última instancia, la esfera más relevante de reconocimiento de hechos sociales significantes–. Efectivamente, son los formuladores de políticas públicas (los poderes ejecutivo y legislativo) y los tomadores de decisión (jueces o jurados) aquellos que no son capaces de reconocer una experiencia social, pero quien sufre el daño epistémico respecto al déficit de inteligibilidad es la persona o grupo social cuya experiencia no es reconocida¹⁵. En nuestra caracterización del fenómeno, la persona que sufre una *injusticia hermenéutica judicial* es capaz de usar conceptos para dar sentido ella misma a sus propias experiencias y comunicarlas internamente a miembros de su grupo social, pero se ve frustrada en su tentativa de comunicación con miembros del sistema de justicia. Los recursos hermenéuticos existirían y serían compartidos por un grupo de personas, pero el Poder Judicial no los reconocería¹⁶.

Además, vale la pena señalar que esta falta de inteligibilidad puede afectar tanto el razonamiento sobre el derecho aplicable (v.g., los contornos conceptuales de ciertos institutos) como el razonamiento sobre los hechos probados en el proceso. Luego, la ininteligibilidad judicial debido

¹⁵ Medina (2012, p. 214) analiza la situación en la que personas o grupos privilegiados sufren algún tipo de injusticia hermenéutica precisamente por sus posiciones privilegiadas (v.g., los casos de ignorancia blanca).

¹⁶ Este trabajo se centra en los intentos fallidos de comunicar hechos sociales al Poder Judicial, sin menospreciar, sin embargo, la contribución del Poder Legislativo en este contexto.

a una marginación hermenéutica parece ocurrir no solo en los casos de lagunas normativas propiamente –en que no existe una norma jurídica para capturar una experiencia social marginalizada–. Es posible que la ininteligibilidad ocurra también en una etapa diferente del razonamiento, que tiene más que ver con la premisa fáctica del argumento judicial. Podemos pensar en casos en los que conceptos erróneos, como estereotipos negativos o mitos sociales (Jenkins, 2017), impiden al intérprete de dar sentido a una experiencia social ofrecida por medio de pruebas testimoniales (testigos). No podemos explorar estas muchas facetas de la injusticia hermenéutica en el derecho, pero es importante señalar aquí que el fenómeno se puede irradiar a las diferentes etapas del complejo proceso de razonamiento judicial.

La injusticia hermenéutica judicial no se confunde con la situación en que uno no es competente para operar con los conceptos y significados técnicos del mundo jurídico. Si ese fuera el caso, este tipo de injusticia la sufrirían todos aquellos que no son juristas y, de hecho, no son capaces de comprender por sí mismos los institutos y técnicas del razonamiento jurídico. No es este tipo de ininteligibilidad que genera el daño epistémico de la injusticia hermenéutica. Sería absurdo pensar así, ya que nos lleva a concluir que todos somos víctimas de injusticias hermenéuticas en relación con todos los dominios del conocimiento que ignoramos. La injusticia hermenéutica judicial solo hace sentido si la identificamos como un intento fallido de comunicar para al Poder Judicial una experiencia social significativa que, a su vez, se explica no por falta de dominio subjetivo de una terminología técnica, sino por falta de la existencia objetiva de conceptos que en este lenguaje técnico puedan dar cuenta de la realidad oscurecida.

Como comentábamos en el apartado anterior, la injusticia hermenéutica puede asumir distintas intensidades: tanto con relación al grado de la ininteligibilidad como con relación a su extensión. Entonces, primero, ¿cómo la injusticia hermenéutica en el derecho se relaciona con los diversos grados de ininteligibilidad? Un caso grave de injusticia hermenéutica en el derecho ocurriría cuando las categorías o los significados jurídicos compartidos operan en sentido contrario al reconocimiento de la experiencia marginada. En la técnica jurídica, podríamos decir que se trata de un tipo de laguna ideológica o axiológica:

respecto de un supuesto de hecho, “al menos *prima facie*, hay una norma que no debería estar” (Chiassoni, 2011)¹⁷. Se trata de una explícita descualificación normativa de una experiencia social que es significativa para ciertos grupos sociales –un problema hermenéutico aún más radical y difícil de retroceder–. Citemos, como ejemplo, el artículo 402 del Código Penal brasileño de 1890 que criminalizaba la capoeira, una práctica que mezcla elementos de danza y arte marcial, muy popular entre los negros en Brasil. Aquí es importante señalar que la marginación hermenéutica puede incluir no solo el contenido, sino también “la forma de lo que se puede decir” (Fricker, 2007, p. 160), incluyendo igualmente “actividades que constituyen y comparten significados” (Medina, 2012, pág. 210). La referida disposición inculminatoria prescribía lo siguiente: “Hacer ejercicios en las calles y plazas públicas con agilidad y destreza”. Este tipo máximo de injusticia hermenéutica en el derecho resulta de la explícita descualificación de una experiencia por medio de disposiciones normativas inculminadoras o de alguna forma sancionadoras. La injusticia es más severa y radical porque se trata no solo de introducir un significado todavía no corriente, sino antes de desmontar lo ya existente.

Pero hay grados menos extremos de injusticia hermenéutica en el derecho, y Fricker nos ofrece dos ejemplos jurídicos (2012). De hecho, son variaciones del caso de la mujer maltratada, pues ahora la mujer es la víctima de un delito, y no la imputada. Una primera variación sería el caso de una mujer que es víctima de violencia doméstica en una época en que esta categoría aún no se encontraba jurídicamente establecida, pues se toleraba la sujeción de la mujer a los abusos del marido. Es un caso serio de escasez de concepto que lleva a la imposibilidad de comunicar la situación de vulnerabilidad y opresión social a las autoridades. El segundo caso, ahora menos severo, sería la situación en la que la violencia doméstica efectivamente se encuentra reconocida como un delito en el sistema

¹⁷ Con esto no queremos decir que toda laguna axiológica implique una injusticia hermenéutica (aunque esto parece ocurrir con frecuencia). Es cierto que una norma puede ser considerada mala por razones que nada tienen que ver con la existencia de algún prejuicio identitario estructural incrustado en los recursos hermenéuticos del mundo jurídico. Basta pensar en las leyes tributarias y el desacuerdo que parece tener parte de la población dominante en relación con sus reglas. Gracias al segundo revisor de este artículo por señalarnos esto.

jurídico, pero la culpabilidad del imputado no es reconocida debido a un déficit en los significados compartidos por las autoridades encargadas de investigar y juzgar. Eso se revelaría, por ejemplo, en mitos o concepciones erróneas asumidas por las autoridades, como “la víctima no abandonó a su pareja violenta” o “el abuso doméstico siempre es físico”. Esos mitos impiden la comprensión de determinados fenómenos, incluso por parte de las propias víctimas (Jenkins, 2017)¹⁸.

Volviendo a la segunda parte de la cuestión anterior, enfrentemos la cuestión ¿cómo se relaciona la injusticia hermenéutica judicial con las distintas formas de extensión de la ininteligibilidad? De entrada, podemos conjeturar que la primera y más extensa forma de injusticia hermenéutica expuesta por Fricker, que consistiría en la situación en que una persona no tiene los recursos conceptuales para dar sentido a sus propias experiencias, difícilmente se dará en el derecho. Esa conjetura se apoya en la propia dinámica de los procedimientos judiciales, que parece incentivar el surgimiento de casos intermedios o ubicados en la mitad del camino. Tanto el demandante, cuando ingresa con una acción judicial, como el imputado, cuando formula un argumento de defensa, deben ser capaces de ofrecer, por medio de sus representantes legales, argumentos que emplean conceptos y significados jurídicamente plausibles. Para que esto suceda, es necesario que el demandante o el imputado tenga formas de dar sentido a su experiencia negativa para por lo menos transmitírsela a un abogado. También es probable que compartan, dentro de sus respectivos grupos marginados y oprimidos, los recursos hermenéuticos no-dominantes (Mason, 2011), los cuales su abogado intentará avanzar con la construcción de una argumentación jurídicamente alternativa y plausible. Como señala José Medina (2012), existen prácticas interpretativas localizadas que, aunque quedan marginadas de los recursos hermenéuticos dominantes, funcionan bien internamente. Una persona que ni siquiera es capaz de dar sentido internamente a su experiencia o incluso de compartirla con otros más cercanos a ella *a fortiori* no podría comunicársela a un abogado

¹⁸ En casos de violencia doméstica y violación, la presencia de mitos suele impedir que las propias víctimas puedan identificar lo que les sucedió. Esto ha sido identificado como un tipo diferente de injusticia hermenéutica. Es una situación en la que la víctima de la injusticia carece de conceptos, pero su interlocutor los tiene (Jenkins, 2017).

para entonces accionar el Poder Judicial. Si ni siquiera la persona misma es capaz de dar sentido a sus propias experiencias, nunca podría llevarlas a los tribunales con la esperanza de que se las reconozca.

Es claro que podemos pensar en las situaciones de personas o grupos que no son capaces de comprender sus propias experiencias y efectivamente cuentan con la ayuda de abogados de entidades de defensa de los derechos humanos para ver reconocidas sus experiencias en la justicia¹⁹. De hecho, podemos pensar en aquellos casos en los que las víctimas no son capaces de comprender el delito que se cometió contra ellas. Pensemos en los mitos que rodean los conceptos de violación y violencia doméstica. Katharine Jenkins (2017) sugiere que este sería un tipo distinto de injusticia hermenéutica, en el que las víctimas tendrían conceptos erróneos, en forma de mitos, que les impedirían comprender la realidad. Por otro lado, su interlocutor, como un fiscal o una jueza, tendrían los conceptos para dar sentido a lo que ella misma no es capaz de comprender.

Esta es de hecho una situación que no podemos soslayar. Sin embargo, haciendo abstracción de la víctima y pensando por un momento en los demandantes e imputados, sus interlocuciones con el Poder Judicial por sí solo parece implicar el rompimiento de una eventual situación inicial de máxima injusticia hermenéutica. El representante legal deberá hacer un esfuerzo para comunicarse con el demandante o imputado y entender mejor sus experiencias; y después deberá hacer otro esfuerzo, quizá aún más grande, para enmarcarlas en los institutos, categorías o abstracciones jurídicas existentes. Además, como observa Medina (2012, p. 209), “pueden existir procesos comunicativos ocultos y formulaciones embrionarias de significado *incluso en los contextos hermenéuticos más adversos*”²⁰. Todo eso nos lleva a concluir que los casos de injusticia hermenéutica en el derecho son *normalmente* intermedios.

Pero lo más importante de todo, esta conjetura es un punto relevante para el argumento central de este artículo, que sostiene la tesis de que la injusticia hermenéutica en el derecho tiene un carácter agencial. Solo un caso ubicado al menos a mitad del camino –cuando los conceptos no-dominantes

¹⁹ Gracias a uno de los revisores de este artículo por nos alertar sobre esta posibilidad.

²⁰ Las cursivas son del autor.

circulan por medio de prácticas interpretativas localizadas en los grupos marginados— puede llevarnos a postular la idea de un juzgador que *perpetra* una injusticia hermenéutica. Para que la agencia intencional del intérprete-juzgador sea relevante, en el sentido de tener la capacidad de perpetrar una injusticia epistémica, es necesario que él tenga a su disposición los recursos que le permitirían actuar de otra manera. La intencionalidad de la injusticia hermenéutica judicial se manifiesta porque el intérprete tuvo acceso a conceptos alternativos no dominantes y no los empleó. Después de todo, la afirmación de Fricker de que la injusticia hermenéutica es estructural puede explicarse por razón de la escasez objetiva de conceptos. En el contexto judicial, los propios abogados son los encargados de traer conceptos alternativos al debido reconocimiento por parte del Estado.

En resumen, las formas extremas de injusticia epistémica, como aquellas en las que la persona carece de conceptos para dar sentido a sus propias experiencias, no parecen representar, debido a la propia dinámica de los procedimientos judiciales, los tipos de casos que normalmente llegan a los tribunales. Además, por mucho que algunos de estos casos extremos puedan llegar al Poder Judicial, la situación inicial de extrema injusticia hermenéutica se transforma desde el momento en que un representante legal se esfuerza por comprender y enmarcar la experiencia de la persona o grupo marginado en los institutos del lenguaje jurídico. Y es a partir de esta calificación inicial, la cual debe demostrar alguna forma de plausibilidad jurídica, que la agencia del intérprete-juzgador se manifestará: él puede optar por utilizar el argumento ofrecido por el abogado para reconocer la experiencia marginada, o descartarlo. La encrucijada del intérprete está entre evitar la aparición de una laguna o mantener la experiencia en la oscuridad. Esto es lo que vamos a analizar en la sección siguiente.

4. UNA MIRADA REALISTA SOBRE LA ININTELIGIBILIDAD JUDICIAL

El objetivo de esta última sección es analizar el fenómeno de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas desde la perspectiva realista de la interpretación judicial²¹. Cuando un teórico del derecho

²¹ Hay, de hecho, muchas escuelas realistas en la Teoría del Derecho. Podemos distinguir, en primer lugar, dos divisiones, la norteamericana (Leiter, 2015) y

piensa en la situación de alguien que lucha para encontrar las palabras o significados para expresar sus experiencias a otros, y luego intenta transportar esta situación para el ámbito judicial, un escenario posible que viene a la mente es el de la integración de lagunas en el derecho. El realismo jurídico propone una descripción más desencantada respecto de la actividad de integración de lagunas. Una de las lecciones importantes de los realistas sobre esta materia –y que va en contra de la lección de Fricker sobre el carácter puramente estructural de la marginación hermenéutica– es que las lagunas no son defectos objetivos de los ordenamientos jurídicos, pero dependen del intérprete. La perspectiva realista revela que las lagunas hermenéuticas en el derecho son más bien creadas que identificadas, pues el intérprete tiene poderes y técnicas para ampliar los conceptos y significados jurídicos. Luego, la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas se distancia de la idea de Fricker de que la marginación es *puramente* estructural y no puede ser perpetrada.

Las lagunas en el derecho constituyen, según Pierluigi Chiassoni, “una de las manifestaciones que más han preocupado –y fascinado– la reflexión dogmática y teórico-general a partir del cuarto del siglo XIX” (2007, p. 194). De manera resumida, las lagunas en el derecho pueden ser entendidas como “supuestos de hecho para los cuales no está dispuesta consecuencia jurídica alguna” (Guastini, 2014, p. 139). Se trata de una dificultad para calificar jurídicamente un hecho debido a la falta de una disposición normativa que lo regule explícitamente. Esta es una definición estándar, de la llamada laguna *propriamente dicha*. Pero hay muchas definiciones y clasificaciones de las lagunas (ver, por todos, Chiassoni, 2007). Por ejemplo, a menudo se dice que las lagunas pueden ser de tres tipos: las *lagunas normativas* suceden cuando un supuesto de hecho no está regulado de manera explícita (el caso estándar); las *lagunas axiológicas* o *ideológicas* ocurren cuando hay una norma que, según las preferencias ético-políticas del intérprete, no debería existir; y las *lagunas técnicas* resultan de la falta de una norma cuya existencia es condición

la europea-continental (Barberis, 2015). Dentro de la división europeo-continental, podemos distinguir las escuelas escandinava, genovesa y francesa (Barberis, 2015). En este trabajo, estamos adoptando la perspectiva del realismo jurídico genovés, especialmente extraída de las obras de Giovanni Tarallo y Riccardo Guastini.

necesaria para la eficacia de otra norma (o cuando una norma prohibitiva no es acompañada de una sanción).

No nos interesa adentrarnos en estas cuestiones clasificatorias, aunque puede ser válido relacionar los tipos de lagunas del derecho con los distintos grados de injusticia hermenéutica de que tratamos anteriormente. El punto que merece atención aquí es el llamado “problema metodológico de la identificación de las lagunas” (Chiassoni, 2011, p. 228). Según la tradición realista (Guastini, 2014), las lagunas en el derecho no existen objetivamente; ellas son *evitadas* o *creadas*. La existencia o no de una laguna va a depender de la estrategia interpretativa utilizada por el tomador de decisión. Por medio de técnicas interpretativas extensivas y correctoras (v.g., el argumento analógico), experiencias sociales marginadas pueden ser integradas al derecho bajo categorías jurídicas existentes²². Por otra parte, por medio de técnicas interpretativas restrictivas (v.g., argumento literal y *a contrario sensu*), dichas experiencias son vistas como extranjerías al derecho y excluidas de su ámbito. Pensemos en el ejemplo de la inclusión o exclusión de la mujer transexual bajo la categoría “mujer” para fines de juzgar casos de violencia doméstica. Mientras que las técnicas de integración del derecho evitan una injusticia hermenéutica, la exclusión la produce.

Esta visión de las lagunas como evitadas o creadas por el intérprete judicial puede ser mejor comprendida a partir de la crítica realista respecto a las teorías cognitivistas de la interpretación (Tarello, 2013; Guastini, 2014). Para los adeptos del cognitivismo en la teoría de la interpretación judicial, la actividad del intérprete es un acto de conocimiento de normas previamente constituidas. Los realistas, a su vez, son escépticos, y enfatizan la naturaleza volitiva de la interpretación judicial, lo que resulta en la afirmación de que la actividad del intérprete es un acto político. Es en relación con esta discusión que a menudo se habla de la distinción entre *disposición* (o *enunciado*) y *norma* (o *significado*). Las normas son el resultado de la interpretación de las disposiciones; mientras que estas son los textos normativos contenidos

²² Aquí podemos incluir tanto la analogía *legis*, por medio de la cual se recorre a la regulación aplicada a casos similares, como la analogía *juris*, también conocida como la aplicación de los principios generales del derecho (Canale y Tuzet, 2021, p. 221).

en los documentos que constituyen las fuentes del derecho. Entre las dos, sin embargo, no existe “correspondencia biunívoca”: no es verdad que a toda disposición corresponda una y solo una norma; y no es verdad que a toda norma corresponda una y sola una disposición. Incluso, es posible que exista norma carente de disposición. Este es precisamente lo que ocurre mediante la integración de lagunas, cuando el intérprete crea una norma que no puede referirse a ninguna disposición. Lo que nos sugiere la imagen realista de la interpretación judicial esbozada arriba es que las normas jurídicas se convierten en una variable de las preferencias y valores del intérprete. A medida que identificamos las normas con los recursos hermenéuticos colectivos del derecho, dichos recursos se convierten también en variables subjetivas –una conclusión inconsistente con la idea de Fricker de que las lagunas hermenéuticas son estructurales y objetivas–.

Pero aquí nos encontramos frente a un problema, que podría hacernos repensar el carácter agencial de la injusticia hermenéutica judicial. Si pensamos en la justicia penal y en las normas de excepción, no debemos admitir la autonomía del intérprete judicial para utilizar la analogía y así evitar las lagunas. Dado que los argumentos analógicos no pueden utilizarse *in malam partem*, nadie puede ser condenado por un delito que no esté explícito en las leyes penales. Esto significa que no hay lagunas en el derecho penal: lo que no está prohibido, está permitido²³. El formalismo jurídico, entendido como la actitud del intérprete de tomar en serio el texto normativo, mediante el uso de métodos de interpretación restrictivos, es un corolario del principio de legalidad, y debe ser fuertemente fomentado a la hora de se pensar en conceptualizar nuevos tipos penales.

Pensemos en los casos de sesgos raciales en el comercio, en particular en el fenómeno conocido como *comprar siendo negro* (*shopping while black*). Este tipo de discriminación puede asumir formas sutiles como “servicio lento o grosero, pago por adelantado, vigilancia” (Harris, 2003, p. 4). Estas sutiles formas de discriminación practicadas contra

²³ En la dogmática jurídica, esto se conoce como la *norma general exclusiva*, una especie de norma de cierre del sistema. La norma es general, porque se aplica a todos los casos distintos al reglamentado; y es excluyente, porque excluye la regulación prevista para el caso particular.

las personas negras en el ámbito del comercio pueden no ser fácilmente calificadas en los textos normativos que regulan determinados delitos, como el acoso racial o la injuria. En Brasil, por ejemplo, la Ley n. 7.716/1989 prevé la práctica del racismo en el acto de consumo, pero sus previsiones involucran, en general, actos de “negar o impedir el acceso a establecimientos comerciales, negarse a servir, atender o recibir a un cliente o comprador”, sin mencionar actos más sutiles, pero no menos ofensivos, de prácticas racialmente discriminatorias en el acto de consumo. ¿Sería posible reparar la injusticia hermenéutica en esos casos mediante la extensión de las ideas de “negar o impedir” el acceso a un establecimiento o servicio?

La verdad es que la respuesta a esta pregunta también va a depender de cómo el intérprete juzgador escoge construir su argumento. Si afirma que está haciendo una analogía, seguramente su decisión será considerada *contra legem* y eventualmente terminará siendo reformada en instancias superiores. Sin embargo, si afirma que está interpretando extensivamente un texto ya previsto en la ley penal, por se tratar de una hipótesis fáctica que cae bajo la *penumbra de incertidumbre* de su significado (Hart, 1960), su técnica argumentativa se desvía de la idea de integración del derecho. En resumen, el intérprete-juzgador puede utilizar la interpretación extensiva como subterfugio para ampliar el alcance de los tipos penales y así dar cuenta de hechos sociales marginados que deben ser reconocidos por la inteligencia judicial (Canale y Tuzet, 2021, pp. 208-210). De esta manera, su agencia sigue jugando un papel decisivo en la evitación o creación de lagunas hermenéuticas.

Un buen ejemplo del empleo de esa técnica argumentativa puede ser encontrado en un conocido precedente del Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil. En la decisión MI 4733/DF, el STF aplicó la Ley n. 7.716/1989 (Ley del Racismo) a las situaciones de homofobia, que todavía no habían sido tipificadas como crimen. El tribunal lo hizo con el objetivo de “*extender* la tipificación prevista para los delitos resultantes de discriminación o prejuicio basado en raza, color, etnia, religión u origen nacional a la discriminación por orientación sexual o identidad de género”²⁴. Según la Fiscalía, que declaró ser favorable a la aceptación de la

²⁴ La cursiva es nuestra.

solicitud en este caso, “no se trata de defender la tipificación por analogía *in malam partem*, sino que por medio de la interpretación conforme a la Constitución, del concepto de raza, para adecuarlo a la realidad brasileña actual, en un proceso de mutación de conceptos jurídicos – lo que es totalmente compatible con el contenido histórico de la noción de ‘racismo’” (p. 59).

De todo eso, lo que podemos desprender, más allá del componente agencial de la injusticia hermenéutica judicial, es que la intencionalidad del intérprete judicial parece tener un carácter peculiar. Y esto nos lleva a concluir que la línea que separa las dimensiones estructural y agencial de la injusticia hermenéutica judicial no es tan clara. El intérprete-juzgador puede ser un perpetrador de injusticias epistémicas sin que tenga la intención de manipular u ocultar experiencias. De todas maneras, esto no elimina el carácter intencional de la injusticia hermenéutica, pero le da una connotación distinta. La injusticia hermenéutica judicial no es siempre un caso de “ignorancia hermenéutica intencional” (Pohlhaus, Jr., 2012) o de resistencia epistémica colectiva (Medina, 2013).

El derecho es un campo propicio para la ocurrencia del fenómeno epistémico que ha sido caracterizado como la disociación entre la *creencia* y la *aceptación* (Cohen, 1992; Ferrer Beltrán, 2005)²⁵. El juzgador puede creer o tener la convicción íntima de que un hecho social significativo para un grupo marginado merece la atención del derecho, pero no aceptar tipificarlo judicialmente. “Esto es debido a que las razones para aceptar una proposición, para usarla en el razonamiento, no tienen por qué ser epistémicas” (Ferrer Beltrán, 2005, p. 91). Respecto al caso de la homofobia citado anteriormente, podríamos pensar en la posibilidad de que un ministro del STF optara por no ampliar el tipo penal de racismo, pero no porque no estuviera de acuerdo con la necesidad y urgencia en regular la experiencia de las personas que sufren discriminación por motivos de género u orientación sexual. Incluso, él podría tener una fuerte creencia de que la experiencia merece el reconocimiento judicial, pero no aceptar tipificarla criminalmente debido al principio de legalidad que limita la

²⁵ La *aceptación* es un término usado en filosofía para hacer referencia a la actitud de “tener o adoptar una política de usar *p* en el razonamiento en algunos o todos los contextos” (Cohen, 1992, p. 4).

justificación de sus decisiones en este contexto. Es absolutamente cierto que se habría cometido una injusticia hermenéutica, pero la resistencia del intérprete-juzgador estaría justificada por razones institucionales de segundo orden²⁶.

Esto nos lleva a pensar que la intencionalidad que identificamos en la injusticia hermenéutica judicial es, en cierto sentido, más suave o menos culpable –lo que, a su vez, también debería llevarnos a sopesar el papel de las respectivas contribuciones agenciales y estructurales al fenómeno de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas–. Si la perpetración de una injusticia hermenéutica pudiera explicarse por elementos de naturaleza institucional, entonces, después de todo, alguna fuerza estructural, mas allá del agente, contribuye a su producción. Con esto no queremos justificar ninguna decisión judicial que, desde una posición formalista, ofrezca resistencia a la inteligibilidad de experiencias marginadas. Sólo estamos evidenciando, a partir de una perspectiva realista, su peculiar carácter intencional.

5. CONCLUSIÓN

Los esquemas conceptuales de los tipos de injusticia epistémica pensados por Fricker están en constante evolución (Fricker, 2017). Fricker ha reconocido y tratado de dialogar con las críticas constructivas que fueron planteadas a su concepto inicial de injusticia hermenéutica, pero ella ha señalado también que le gustaría “abogar por un rigor continuado” con respecto al ámbito de la injusticia epistémica. “La categoría solo será útil si permanece limitada y específica, sin relajarse hacia el exterior para abarcar la generalidad de manipulaciones interpersonales injustas” (Fricker, 2017, p. 53).

²⁶ Por razones de segundo orden entendemos aquellas razones sistémicas por detrás del formalismo (legalidad, seguridad jurídica, bajas capacidades epistémicas del juez), y no las razones político-legislativas que llevaron en primero lugar a la exclusión de la experiencia (v. Schauer, 1991; Struchiner, 2011). Dichas razones no son necesariamente discriminatorias; de hecho, en el derecho penal en particular, el formalismo suele operar en beneficio de los oprimidos. La resistencia en tipificar una conducta no regulada explícitamente como delictiva funcionaria, en muchos contextos, como una garantía para los ciudadanos oprimidos por el poder punitivo del Estado. Esta es una conclusión algo paradójica.

En respuesta a Fricker, se puede decir que la falta de adaptación del concepto de injusticia hermenéutica al contexto judicial dejará de fuera fenómenos que deberían ser capturados por la misma idea. La ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas, producida por un acto de voluntad del intérprete, en el sentido de no ampliar conceptos y significados jurídicos, resultará exactamente en el mismo tipo de daño epistémico que Fricker tiene en mente cuando caracteriza la idea de injusticia hermenéutica: la víctima no podrá comunicar al Poder Judicial una experiencia social significativa que merece reconocimiento por parte del Estado. Y, como hemos argumentado, el carácter agencial, que parece estar presente en este tipo de injusticia hermenéutica, quizás en mayor grado de lo que Fricker admitiría, puede, a su vez, ser explicado por un tipo peculiar de intencionalidad. La intencionalidad del intérprete judicial es más suave o menos culpable, pues no involucra necesariamente un tipo de manipulación interpersonal. Después de todo, volvemos a la pregunta inicial que atribuimos al título de este artículo: ¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una respuesta afirmativa, a la que nos inclinamos, implicará la reconsideración del elemento puramente estructural que, según Fricker, caracteriza este tipo de injusticia epistémica.

REFERENCIAS

BARBERIS, Mauro. El realismo jurídico europeo-continental. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis, NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (coord.). Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol. 1, 2015, p. 227. Ciudad de México: UNAM, 2015.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. *La justificación de la decisión judicial*. Tradução de Álvaro Nuñez Vaquero. Lima: Palestra Editores, 2021.

CHIASSONI, Pierluigi. *Técnicas de interpretación jurídica: breviarío para juristas*. Traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons, 2011.

COHEN, Jonathan. *An Essay on Belief and Acceptance*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad em el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FRICKER, Miranda. "Epistemic Justice as a Condition of Political Freedom". *Synthese* vol. 190, Issue 7: 1317-1332, 2013. <https://www.jstor.org/stable/41931810>

FRICKER, Miranda. "Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance". In: Peels, R. and Blaauw, M., (eds.). *The Epistemic Dimensions of Ignorance*. Cambridge University Press, 2016, pp. 144-159.

FRICKER, Miranda; JENKINS, Katharine. Epistemic Injustice, Ignorance and Trans Experience". *The Routledge Companion to Feminist Philosophy*. New York: Taylor and Francis, 2017, pp. 268-278.

FRICKER, Miranda. "Evolving Concepts of Epistemic Injustice". *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, edited by Kidd, Ian James; Medina, José; Pohlhaus, Gaile. London and New York: Routledge, 2017.

FRICKER, Miranda. Institutionalized Testimonial Injustices: The Construction of a Confession Myth. *Journal od Dialectics of Nature*, Special Issue on Epistemic Injustice, 2022.

FYFE, Shannon. Testimonial Injustice in International Criminal Law. *Symposion: Theoretical and Applied Inquiries in Philosophy and Social Sciences*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 155-171, <https://doi.org/10.5840/symposion20185213>

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Traducción de Silvina Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

HARRIS, Anne-Marie G. Shopping while black: Applying 42 U.S.C. § 1981 to cases of consumer racial profiling. *Boston College Third World Law Journal*, v. 23, n. 1, 2003.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.

JENKINS, Katharine. Rape Myths and Domestic Abuse Myths as Hermeneutical Injustices. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 34, núm. 2, fevereiro 2017, pp. 191-205. <https://doi.org/10.1111/japp.12174>

LACKEY, Jennifer. False Confessions and Testimonial Injustice. *The Journal of Criminal Law and Crimonology* vol. 110, núm. 1, Winter 2020. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol110/iss1/4>LACKEY Jennifer. Eyewitness Testimony and Epistemic Agency. *Noûs*, vol. 56, núm. 3, pp. 1-20, 2021. <https://doi.org/10.1111/nous.12380>

LACKEY, Jennifer. *Criminal Testimonial Injustice*. Oxford: Oxford University Press, 2023 (proximamente).

LEITER, Brian. Realismo jurídico estadounidense. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis, NÚÑEZ VAQUERO, Alvaro (coord.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 1, 2015, p. 241. Ciudad de México: UNAM, 2015.

MASON, Rebecca. Two Kinds of Unknowing. *Hypatia*, vol. 26, núm. 2, pp. 294–307, 2011.

MATIDA, J. (2020). É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal. *Limite Penal*, mayo 22, 2020. <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limitepenal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal>

MAITRA, Ishani. The Nature of Epistemic Injustice. *Philosophical Books*, vol. 51, n. 4, October 2010, pp. 195–211.

MEDINA, José. Hermeneutical Injustice and Polyphonic Contextualism: Social Silences and Shared Hermeneutical Responsibilities. *Social Epistemology*, vol. 26, núm. 2, pp. 201–220, 2012. <https://doi.org/10.1080/02691728.2011.652214>

MEDINA, José. *The Epistemology of Resistance*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MEDINA, José. Agential Epistemic Injustice and Collective Epistemic Resistance in the Criminal Justice System. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, Volume 35, 2021. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839594>

MEDINA, José. Varieties of Hermeneutical Injustice. *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, edited by Kidd, Ian James; Medina, José; Pohlhaus, Gaile. London and New York: Routledge, 2017.

MEDINA, José. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, Special Issue, vol. 25, núm. 1, 2011, pp. 15–35.

POHLHAUS, Jr., Gaile. Relational Knowing and Epistemic Injustice: Toward a Theory of Willful Hermeneutical Ignorance. *Hypatia*, vol. 27, núm. 3, pp. 715–735, 2012. <https://www.jstor.org/stable/23352291>

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade: quando o direito diz o que não queremos ouvir. MACEDO, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 119–152.

TARELLO, Giovanni. *La interpretación de la ley*. Tradução de Diego del Vecchi. Lima: Palestra Editores, 2013.

TOWNSEND, Dina Lupin; TOWNSEND, Leo. Epistemic Injustice and Indigenous Peoples in the Inter-American Human Rights System. *Social Epistemology*, vol. 35, núm. 2, pp. 147–159, 2021. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839809>

Authorship information

Rachel Herdy. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, campus Viña del Mar. Doctora en Sociología (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). rachel.herdy@uai.cl

Carolina Castelliano. Doutora em Direito, Programa de Posgrado en Derecho, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Defesora Pública Federal. Dirección: carolina.castelliano@gmail.com

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

Acknowledgement: Agradecemos las críticas y comentarios que recibimos de los participantes en dos eventos en los que tuvimos la oportunidad de presentar este trabajo, ambos en noviembre de 2022: las Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho, realizadas en la Universidad Austral de Chile, Valdivia; y el Seminario Injusticias Epistémicas: de las Formas Interpersonales a las Institucionales, realizado en la Universidad de la Frontera, Pucón. En particular, agradecemos a Leandro de Brasi, por habernos brindado tan fructífero encuentro con Miranda Fricker en Pucón; a Dayra Olmos por su cuidadosa revisión del español; y a Marcelo Espinosa y Diego Pardo por la ayuda idiomática final.

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

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

- *Rachel Herdy*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Carolina Castelliano*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 30/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 15/01/2023
- Review 2: 16/01/2023
- Review 3: 22/01/2023
- Preliminary editorial decision: 11/02/2023
- Correction round return 1: 02/03/2023
- Preliminary editorial decision 2: 02/03/2023
- Correction round return 2: 03/03/2023
- Final editorial decision: 13/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

HERDY, Rachel; CASTELLIANO, Carolina. ¿Existen injusticias hermenéuticas en el derecho? Una lectura realista de la ininteligibilidad judicial de experiencias marginadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 101-128, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.796>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Injustiça epistêmica agencial no processo penal e o problema das confissões extrajudiciais retratadas


Agential epistemic injustice in criminal prosecution and the problem with recanted out-of-court confessions


Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹

Universidade Nove de Julho – São Paulo/SP, Brasil

Universidade de Brasília – Brasília/DF, Brasil

mnrdr@stj.jus.br

 <http://lattes.cnpq.br/6835840157191974>


 <https://orcid.org/0000-0001-9525-7498>


Thiago de Lucena Motta²

Universidade Nove de Julho – São Paulo/SP, Brasil

Escola Nacional de Formação e Aprimoramento de Magistrados – Brasília/DF, Brasil

thiago.motta@stj.jus.br

 <http://lattes.cnpq.br/0419962441786551>

 <https://orcid.org/0000-0002-4491-0933>

RESUMO: A injustiça epistêmica agencial no processo penal ocorre quando se imputa excessiva credibilidade a declarações prestadas pelo locutor em momentos de reduzida capacidade de autodeterminação. Especificamente no contexto da retratação de confissões extrajudiciais, questiona-se quais critérios jurídicos de valoração probatória racional seriam capazes de prevenir a ocorrência de injustiças agenciais. A metodologia empregada foi a pesquisa bibliográfica em injustiça epistêmica, confiabilidade probatória da confissão e precedentes do

¹ Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de Cursos de Graduação (UFRN/UnB) e Pós-Graduação (Uninove) em Direito. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

² Bacharel (UFRN/Universidade do Porto) e Mestrando em Direito (Uninove). Pós-Graduando em Direito Anticorrupção (Enfam). Analista Judiciário e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Superior Tribunal de Justiça. Analisando estudos empíricos sobre falsas confissões e as práticas forenses brasileiras, constata-se um risco relevante de ocorrência dessa forma de injustiça, tendo em vista que confissões extrajudiciais são largamente utilizadas para fundamentar sentenças condenatórias. O artigo conclui com duas propostas: (I) desconsiderar, para fins de valoração da prova, confissões extrajudiciais não confirmadas em juízo; e (II) adotar como um dos critérios de valoração da confissão o grau de efetiva agência epistêmica do acusado ao confessar, atribuindo-se menor credibilidade às confissões obtidas em situações de agência reduzida.

PALAVRAS-CHAVE: Injustiça epistêmica agencial; Confissão; Valoração da prova.

ABSTRACT: *Agential epistemic injustice in criminal prosecution occurs when declarations taken in moments of reduced capacity for self-determination receive excessive credibility. Specifically in the context of recanted out-of-court confessions, the article investigates which legal criteria for the rational evaluation of evidence could prevent agential injustices. The method employed was bibliographical research on epistemic injustice, reliability of confessions as criminal evidence, and the Superior Court of Justice's case law. Analyzing empiric research on false confessions and forensic practices in Brazil, a significant risk for agential injustices can be detected, mainly because out-of-court confessions are largely used to justify criminal convictions. The article concludes with two propositions: (I) to disregard, during the evaluation of evidence, out-of-court confessions not repeated before a judge; and (II) to consider the level of the defendant's effective epistemic agency when evaluating their confession, with less credibility given to confessions obtained in situations of reduced agency.*

KEYWORDS: *Agential epistemic injustice; Confession; Evaluation of evidence.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O fenômeno das falsas confissões; 2. Tipologias clássicas de injustiça epistêmica e sua relação com a injustiça agencial; 2.1. Injustiça epistêmica na jurisprudência do STJ; 2.2. Dinâmica da injustiça epistêmica agencial; 3. Valoração racional da confissão; 3.1. Resgate do protagonismo da prova produzida em juízo; 3.2. Grau de agência epistêmica como critério de valoração probatória; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O multifacetado conceito de injustiça epistêmica proposto pela filósofa britânica Miranda Fricker³ tem, na base de suas múltiplas acepções, a ideia de *desequilíbrio* na aptidão de um sujeito apreender e relatar (com chances equânimes de obter credibilidade) suas próprias experiências; em outras palavras, na vocação de ser efetivamente um *sujeito epistêmico*, capaz de inteligência e discurso linguístico crível. A injustiça epistêmica – pelo menos na visão original de Fricker – consome-se quando, na formação do saber ou em sua expressão discursiva, imputa-se de maneira apriorística um déficit de capacidade ao sujeito, que é, então, percebido como menos crível ou menos capaz. Diversos são os possíveis campos de aplicação dessa refinada ideia, da sociologia à medicina, passando pela história e pela política.

Não menos fértil para injustiças epistêmicas é o processo penal, que tem em seu cerne, como regra, a contraposição de versões fáticas entre acusação e defesa, ambas disputando o escasso recurso da credibilidade para que prevaleçam na sentença judicial. Diante da impossibilidade de acessar diretamente o passado, no seio da jurisdição penal está uma atividade de acertamento de fato⁴ sobre eventos pretéritos, em que se busca determinar a maior ou menor probabilidade de ocorrência de uma hipótese fática⁵, a fim de verificar se a hipótese supera o *standard* exigido para tê-la como provada⁶. É no afã de produzir a prova e valorá-la que surgem as maiores possibilidades de cometimento de uma injustiça epistêmica, pelo risco de que certos discursos recebam maior ou menor credibilidade a depender de condições pessoais, preconceitos

³ FRICKER, Miranda. Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLHAUS JR., Gaile. *Routledge handbook of epistemic injustice*. Londres: Routledge, 2017, p. 53.

⁴ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2022, p. 65.

⁵ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 47.

⁶ PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 61.

ou vieses cognitivos, em prejuízo à racionalidade e às chances de acerto da jurisdição criminal⁷.

Expandindo os trabalhos originais de Fricker, Jennifer Lackey propôs recentemente a ideia de *injustiça epistêmica agencial* (*agential epistemic injustice*)⁸ – ou *injustiça testemunhal agencial* – para se referir à categoria de injustos caracterizados pelo excesso de credibilidade atribuído à fala de um sujeito nas situações em que sua capacidade de autodeterminação (agência) é diminuída ou suprimida, aliado ao déficit de credibilidade que o mesmo sujeito recebe quando, em um cenário de maior agência, retrata-se da narrativa primeira.

O principal fenômeno processual penal que interessa à injustiça epistêmica agencial é a *confissão extrajudicial e sua retratação em juízo* – especificamente na maior confiabilidade atribuída por Tribunais, promotores e policiais à primeira confissão prestada pelo investigado, ainda no inquérito, quando confrontada com a retratação judicial. Constatou Lackey que, não raro, o único momento em que o réu recebe alguma credibilidade no processo penal é quando confirma o teor da acusação, independentemente do grau de voluntariedade de suas palavras (isto é, do seu nível de agência epistêmica quando da extração da confissão). Se, posteriormente, retrata-se da confissão e passa a afirmar sua inocência, é improvável que essa nova postura encontre a mesma receptividade entre os agentes encarregados da persecução penal⁹.

Na dinâmica da injustiça epistêmica agencial, considera-se *mais confiável* a narrativa do réu quando são pequenas as suas possibilidades de autodeterminação (quando se encontra acuado, interrogado pela polícia, sem assistência de advogado, sem um plano de defesa estruturado); se o acusado tiver sido vítima de tortura-prova nas mãos da polícia, então, sua

⁷ METERKO, Vanessa. Cognitive biases in criminal case evaluation: a review of the research. *Journal of Police and Criminal Psychology*, Washington DC, v. 37, n. 1, p. 101-120, 2022, p. 110; ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, 2019, p. 525.

⁸ LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 110, n. 1, p. 43-68, 2020, p. 45.

⁹ LACKEY, Jennifer. False confessions and subverted agency. *Royal Institute of Philosophy Supplement*, Cambridge, v. 89, n. 11, p. 11-35. 2021, p. 12.

agência ao confessar foi inexistente, mesmo que nunca consiga provar o tormento sofrido. Paralelamente, quando o réu está mais bem preparado para enfrentar uma acusação criminal (ouvido em juízo, assistido por advogado, com um projeto de defesa técnica em andamento), seu relato é tido por *menos crível*.

A credibilidade de suas palavras é, assim, inversamente proporcional a sua capacidade de autodeterminação: se em um único momento de desespero o investigado confessar, de pouco adiantará que ele passe em seguida a manter sua inocência, ainda que o faça reiteradamente por muitos anos e mesmo que haja provas fortes em seu favor¹⁰.

Atento a esse breve resgate teórico, o presente artigo analisará as possibilidades de valoração da confissão extrajudicial e sua retração no processo penal, a fim de acrescentar contribuições originais à recém-formada doutrina da injustiça epistêmica agencial e responder aos seguintes questionamentos: como neutralizar ou mitigar o risco da ocorrência de uma injustiça agencial¹¹ no processo penal brasileiro, com o instrumental dogmático atualmente existente em nossa legislação? À luz do direito posto, quais interpretações possíveis do arcabouço legislativo podem contribuir para evitar a ocorrência de injustiças agenciais?

Com esse objetivo, será utilizada a pesquisa bibliográfica voltada aos mais recentes desenvolvimentos filosóficos em injustiça epistêmica – bem como aos dois únicos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao tempo em que escrito este artigo, já abordaram o tema¹² – e estudos empíricos sobre a confiabilidade probatória da confissão. A abordagem deste trabalho propõe, então, um diálogo entre a pesquisa

¹⁰ LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 110, n. 1, p. 43-68, 2020, p. 57.

¹¹ As expressões “injustiça epistêmica agencial” e “injustiça agencial” serão utilizadas neste artigo de maneira intercambiável, por razões estilísticas, apenas para evitar repetições quando possível.

¹² AREsp 1.940.381/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021; e AREsp 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 08/11/2022. Até a data de conclusão do presente trabalho, foram estes os dois únicos acórdãos em que o STJ analisou a produção teórica de Fricker sobre a injustiça epistêmica, o que motivou sua seleção para fomentar o diálogo acadêmico-jurisprudencial ora proposto.

interdisciplinar já consolidada sobre a confiabilidade probatória da confissão (a ser feita na parte 1), o inovador referencial teórico da injustiça epistêmica agencial e os dois sobreditos precedentes do STJ (tarefa da parte 2). Busca-se, com isso, construir respostas aos questionamentos propostos que sejam adequadas às peculiaridades do direito brasileiro e levem em conta os atuais movimentos de interpretação da legislação federal por parte do STJ, consoante o detalhamento da parte 3.

1. O FENÔMENO DAS FALSAS CONFISSÕES

Outrora louvada como “rainha das provas” e meio de expiação espiritual do autor de uma infração penal, a confissão sofreu graves reveses em seu valor probatório objetivo a partir do final da década de 1980, com a progressiva popularização do uso do exame de DNA no meio forense. Por mais contraintuitiva que pareça a possibilidade de alguém confessar falsamente a autoria de um delito – e mesmo sendo grande o ceticismo de parte dos atores do sistema de justiça a esse respeito¹³ –, a revolução probatória do DNA demonstrou, com alta confiabilidade, que mesmo réus confessos e presos há anos eram inocentes dos crimes pelos quais foram condenados.

Segundo dados do *Innocence Project*, organização não governamental que atua na reversão de condenações injustas nos Estados Unidos da América (EUA), 29% das 375 condenações anuladas por seu trabalho de 1989 a 2022 foram proferidas contra réus confessos¹⁴. Semelhantemente, no *National Registry of Exonerations*¹⁵ – arquivo sob a curadoria da Universidade do Michigan que cataloga os dados de todas as condenações penais revertidas nos EUA desde 1989 –, 365 das 3.060 exonerações registradas até abril de 2022 (cerca de 12% do total) tinham

¹³ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Edijur, 2022, p. 431.

¹⁴ INNOCENCE PROJECT. *DNA Exonerations in the United States*. 2022, documento online, não paginado.

¹⁵ NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Age and mental status of exonerated defendants who confessed*. 2022, documento online, não paginado.

acusados confessos¹⁶. Existem, pois, provas numerosas de que falsas confissões, contraintuitivas como sejam, efetivamente acontecem e podem desvirtuar profundamente as finalidades do sistema penal, levando ao encarceramento de pessoas inocentes.

Os estudos que seguiram ao advento forense do DNA consolidaram, nos últimos 30 anos, um virtual consenso científico sobre a existência de confissões inverídicas e seus principais fatores de risco. De modo geral, confessam falsamente pessoas com doenças mentais, pouca educação formal, jovens, inexperientes no trato com autoridades estatais, excessivamente confiantes nas boas intenções de policiais, desprovidos de assistência jurídica prévia ou pertencentes a populações minoritárias¹⁷. Tais grupos encontram-se mais suscetíveis a acreditar que os ganhos imediatos de uma confissão serão superiores aos prejuízos que dela podem advir, especialmente por dificuldades em compreender os severos impactos de seu ato¹⁸. Mesmo que um acusado não se enquadre em nenhuma dessas situações, a expectativa de que a confissão seja a solução estrategicamente mais adequada naquele momento (para evitar uma prisão cautelar ou uma pena alta, por exemplo) pode impeli-lo a confessar, ainda que seja inocente¹⁹.

¹⁶ As estatísticas aqui utilizadas são oriundas dos EUA porque é naquele país que se concentra a maior parte dos estudos sobre o tema; a própria existência do *Registry* é um dos fatos que naturalmente direciona as pesquisas para o cenário norte-americano. No Brasil, não existe ainda nenhum tipo de monitoramento igualmente abrangente e confiável a respeito de revisões criminais julgadas procedentes, o que sem dúvida constitui uma dificuldade empírica relevante para a produção acadêmica nacional.

¹⁷ ROMÁN, Victor Beltrán. Confesiones y riesgos de condenas e imputaciones erróneas: identificación de algunos aspectos problemáticos en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 601-651, 2022, p. 613.

¹⁸ METERKO, Vanessa; WEST, Emily. Innocence Project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years. *Albany Law Review*, Albany, v. 79, n. 3, p. 717-795, 2016, p. 759-760; SULLIVAN, Thomas; VAIL, Andrew; ANDERSON III, Howard. The case for recording police interrogations. *Litigation*, Washington DC, v. 34, n. 3, p. 30-38, 2008, p. 31.

¹⁹ BLUMET, John; HELM, Rebecca. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 100, n. 1, p. 157-192, 2014, p. 172.

Diversas técnicas policiais, reputadas como boas práticas pelas corporações, exploram essas vulnerabilidades para extrair confissões, como conduzir interrogatórios longos e cansativos, sem permitir o contato do investigado com terceiros e rejeitando peremptoriamente escusas apresentadas pelo interrogado. Com frequência, parte-se da presunção de que o investigado é culpado e utiliza-se o interrogatório não como uma ferramenta para desvendar novas linhas investigativas, mas para manipular o interrogado a confirmar a crença inicial que a polícia já nutria em seu desfavor. Disso resulta que, intencionalmente ou não, o interrogador termina por repassar ao investigado detalhes sobre o modo de cometimento do crime até então só conhecidos pela polícia, a fim de vê-los reproduzidos em sua confissão, que se tornará então mais crível²⁰.

Também são conhecidas as técnicas de *maximização* e *minimização*, pelas quais a polícia aumenta o medo do interrogado quanto a uma futura condenação, afirmando (mesmo que falsamente) deter provas irrefutáveis de sua culpa e apresentando a confissão como única salvação possível; ao mesmo tempo em que busca diminuir a gravidade moral do delito, para que o interrogado se sinta mais confortável em confessar²¹.

Táticas como essas integram o método de interrogatório mais utilizado pelas polícias ocidentais, formulado por John Reid²² em 1947. Seu potencial para produzir confissões falsas é bem documentado²³,

²⁰ GARRETT, Brandon. Actual innocence and wrongful convictions. IN: LUNA, Erik. *Reforming criminal justice: pretrial and trial processes* (v. 3). Phoenix: The Academy for Justice, 2017, p. 203; LEO, Richard. Interrogation and confessions. In: LUNA, Erik. *Reforming criminal justice: policing* (v. 2). Phoenix: The Academy for Justice, 2017, p. 250.

²¹ SCHNEIDER, Teresa; MAY, Lennart. Minimierende und maximierende Vernehmungstaktiken: Risiko falscher Geständnisse und sozialpsychologische Wirkmechanismen. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Berlin, v. 15, n. 4, p. 355-367, 2021, p. 364; KROLL, Otmar. Wahre und falsche Geständnisse in Vernehmungen. *Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis*, Wien, v.10, n. 2, p. 17-32, 2014, p. 29.

²² REID, John et al. *Criminal interrogation and confessions*. 5. ed. Burlington: Jones & Bartlett, 2011.

²³ HIRSCH, Alan. Going to the source: the 'new' Reid method and false confessions. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus, v. 11, n. 2, p. 803-826, 2014, p. 808.

principalmente porque as formas de manipulação por ele propostas se destinam mais a extrair do investigado repetições do que a polícia quer ouvir (num evidente viés de confirmação) do que, propriamente, descobrir a dinâmica dos fatos delitivos. Parte das técnicas integrantes do *método Reid*, especialmente aquelas voltadas a exaurir o investigado e enganá-lo sobre a existência de provas contra si (ou sobre os efeitos de sua confissão), já foram declaradas ilícitas em tribunais dos EUA²⁴ e Canadá²⁵; na Alemanha, o § 136-A da *Strafprozeßordnung* as veda expressamente.

Apesar disso, no Brasil, o método *Reid* é ensinado nas academias de polícia e utilizado na prática por seus agentes, mesmo que ocasionalmente não o conheçam por esse nome²⁶. Acometida por deficiências estruturais severas e por vezes incapaz de conduzir investigações aprofundadas, com a descoberta de fontes de prova sólidas e independentes²⁷, a polícia termina por criar uma forte dependência da obtenção de confissões como um de seus métodos investigativos preferidos²⁸, na expectativa de que a confissão conseguida durante o inquérito seja capaz de direcionar psiquicamente o julgador à condenação. Não é difícil perceber a eficácia dessa estratégia, tendo em vista que a confissão é um dado probatório extremamente persuasivo²⁹ e que, seguindo uma interpretação literal do art. 155 do Código de Processo Penal (CPP)³⁰, magistrados valoram

²⁴ New York Court of Appeals, *People v. Thomas* (8 N.E.3d 308), julgado em 20/2/2014.

²⁵ Supreme Court, *R v. Oickle* (2000 SCC 38), julgado em 29/09/2000; Supreme Court, *R v. Hart* (2014 SCC 52), julgado em 31/07/2014.

²⁶ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020, p. 374-375.

²⁷ SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e investigações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 217-219.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 182.

²⁹ KASSIN, Saul. False confessions. *WIREs Cognitive Science*, Danvers, v. 8, n. 6, p. 1-11, 2017, p. 8.

³⁰ MELO, Marcos Eugênio Vieira. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 951-992, 2020, p. 983.

largamente, como fundamentos de sentenças condenatórias, elementos de informação produzidos no inquérito policial³¹.

Merecem destaque, para ilustrar essa tendência prática do Judiciário brasileiro, duas pesquisas empíricas nacionais.

Na primeira³², foram analisadas 458 sentenças publicadas por juízos criminais da cidade de Maceió/AL no ano de 2016, verificando-se que 80,6% delas se utilizavam de elementos produzidos na etapa investigativa para condenar o réu. Já no segundo trabalho (mais abrangente), resultante da pesquisa doutoral de Marcelo Semer³³, examinaram-se 800 sentenças em ações penais pelo crime de tráfico de drogas, proferidas por juízes de 8 Estados da Federação, em todas as 5 regiões do país. A pesquisa constatou que 13,88% das decisões se valiam da confissão colhida pela polícia para condenar o acusado, enquanto outras 6,25% mencionavam relatos indiretos dos policiais sobre supostas confissões informais³⁴. Mesmo quando retratadas em juízo, e ainda que com relatos de tortura pela polícia em sua obtenção – apresentados em 14,75% dos casos analisados –, as confissões policiais prevaleciam sobre o interrogatório judicial do réu em sentido contrário³⁵. A conclusão do trabalho é mesmo intuitiva: “não é exagero dizer que o interrogatório só tem credibilidade com a confissão”³⁶.

O problema do desprezo a denúncias de tortura-prova e do desinteresse institucional em sua apuração, destacado por Semer, é corroborado por diversas outras fontes independentes. De fato, o Brasil tem recebido sucessivas reprimendas internacionais no âmbito

³¹ AMORIM, Maria Carolina de Melo. O inquérito penal: vicissitudes e mudanças necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 913-950, 2020, p. 915.

³² SAMPAIO, André Rocha; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; FERREIRA, Amanda Assis. 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, v. 6, n. 1, p. 175-210, 2020, p. 197.

³³ SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel do juiz no grande encarceramento*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

³⁴ SEMER, Marcelo, *op. cit.*, p. 223.

³⁵ SEMER, Marcelo, *op. cit.*, p. 226-229.

³⁶ SEMER, Marcelo, *op. cit.*, p. 212.

do sistema interamericano de direitos humanos³⁷ e da Organização das Nações Unidas (ONU)³⁸, motivadas pela comprovação de que a tortura-prova ainda é uma prática sistemática e difundida entre as polícias do país. Não obstante, juízes em regra desconsideram narrativas dos acusados sobre o cometimento de tortura na extração de confissões extrajudiciais.

O levantamento mais abrangente sobre a matéria até o momento foi realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o exame de 55.799 relatos de tortura feitos por presos em audiência de custódia: segundo o estudo, “em *menos de 5%* dos casos registrados houve investigação sobre os relatos de maus-tratos e tortura”³⁹. Outras pesquisas empíricas alcançaram resultados similares, demonstrando também que, nos poucos casos em que a narrativa do acusado é levada a sério, as investigações são em geral inconclusivas, mesmo porque são conduzidas com pouca independência funcional por entidades integrantes do próprio sistema estatal de segurança pública⁴⁰.

Esses dados objetivos permitem concluir com bastante segurança que, para além dos problemas inerentes à sobrevalorização da confissão extrajudicial (e dos elementos do inquérito de modo geral) como meio de prova, o acusado brasileiro encontra-se ainda sujeito ao risco da tortura para a extração dessa confissão durante a investigação policial. E, se realmente for torturado, dificilmente seu relato receberá alguma

³⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. 2017, p. 123-124; também da CIDH, *Situation of human rights in Brazil*. 2021, p. 128.

³⁸ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. 2016, p. 10-13; OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Brazil: UN experts decry acts of racialised police brutality*. 2022, documento online, não paginado.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Subsídios à missão do Subcomitê das Nações Unidas para Prevenção da Tortura (SPT) ao Brasil*. 2022, página 14.

⁴⁰ CONECTAS. *Tortura blindada*. 2017, p. 9; CONECTAS et al. *Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*. 2016, p. 70; DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *DPRJ reúne 1.250 relatos de maus tratos e tortura de presos em 1 ano*. 2021, p. 29-33.

credibilidade do Judiciário; ao contrário, esse hipotético réu provavelmente será condenado pelo crime que lhe foi imputado, inclusive com espeque na confissão ilegalmente obtida, pelo completo desinteresse das instituições sancionadoras em investigar sua versão dos fatos.

O instrumental filosófico da injustiça epistêmica fornece elementos preciosos para analisar esse quadro institucional nacional – fotografado em sua nudez pelas pesquisas ora citadas – e, quem sabe, indicar possíveis soluções dogmáticas na esfera processual penal; é disso que se passa a tratar agora.

2. TIPOLOGIAS CLÁSSICAS DE INJUSTIÇA EPISTÊMICA E SUA RELAÇÃO COM A INJUSTIÇA AGENCIAL

Em breve síntese, duas são as espécies de injustiça epistêmica propostas por Fricker⁴¹. Na injustiça testemunhal, despreza-se o *status* epistêmico do locutor simplesmente por ele ser quem é, subestimando-se a sua capacidade de compreender os eventos que lhe aconteceram ou retirando-se *a priori* a credibilidade de sua fala; há, portanto, um *déficit* na confiabilidade que se atribui a sua narrativa. Paralelas a esse déficit fluem dinâmicas socioeconômicas, raciais, profissionais, etárias ou de gênero que, refletindo a distribuição desigual de *poder* – inclusive o poder de determinar a versão oficial sobre os fatos –, resultam em atribuições apriorísticas (e também desiguais) de credibilidade.

Com isso, o orador presumido de antemão como menos confiável será prejudicado nas atividades em que estiver em jogo a necessidade de ser levado a sério como um sujeito epistêmico. Em poucas situações, aliás, a necessidade de receber credibilidade é tão premente como no seio de uma ação penal, em que a própria liberdade de locomoção do orador pode depender de quão crível é (percebido) seu discurso. Os prejuízos de um déficit apriorístico e irracional de credibilidade, aqui, são gravíssimos, comprometendo de forma irremediável a vida do cidadão, *em tese* protegido pelas mesmas garantias jurídicas que todos os demais, e a

⁴¹ FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 1.

racionalidade da jurisdição criminal como um todo. Pensando no contexto do processo criminal, há injustiça epistêmica testemunhal, *e.g.*, quando o relato do acusado é desprezado como decorrência automática de sua posição no polo passivo da ação penal, sem maiores preocupações quanto à corroboração fática de sua versão ou sua relação com os *standards* de prova do processo.

Na injustiça epistêmica hermenêutica, por sua vez, o desequilíbrio ocorre em um momento antecedente, pela falta de recursos linguísticos para entender determinada situação ou comunicá-la de forma precisa. À semelhança dos falantes da novilíngua orwelliana⁴², a vítima – ou mesmo o autor – de uma injustiça hermenêutica permanece em um estado de *hipocognição*⁴³, por nem dispor das palavras necessárias para comunicar o que lembra, pensa e sente. Em suma, sua linguagem (ou a de sua instituição) não contém termos essenciais para o registro inteligível de alguma situação.

De forma exemplificativa, está-se diante de uma injustiça hermenêutica na esfera criminal quando as instituições encarregadas da persecução penal, contaminadas pelo viés de confirmação e cegas pela visão de túnel⁴⁴, partem do pressuposto de que todo investigado ou réu é culpado e orientam toda sua atividade para corroborar essa crença preexistente, sem nem contar com o conceito de *inocência* em seu instrumental investigativo⁴⁵.

⁴² ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁴³ DUNNING, David; WU, Kaidi. Hypocognition: making sense of the landscape beyond one's conceptual reach. *Review of General Psychology*, Washington DC, v. 22, n. 1, p. 25-35, 2018, p. 25.

⁴⁴ JOHNSON, Vida. Bias in blue: instructing jurors to consider the testimony of police officer witnesses with caution. *Pepperdine Law Review*, Malibu, v. 44, n. 2, p. 245-304, 2017, p. 292-293.

⁴⁵ Os autores reconhecem que, na conceituação original de Fricker, o exemplo talvez não se enquadre propriamente na categoria da injustiça hermenêutica, pois a autora não inclui em tal conceito a falta de incorporação *intencional* de noções que já existem, mas somente a deficiência linguística coletiva *estrutural* – em outras palavras, a falta *compartilhada* de recursos linguísticos. Nesse sentido: FRICKER, Miranda. Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLHAUS JR., Gaile. *Routledge handbook of epistemic injustice*. Londres: Routledge, 2017, p. 54-55. De maneira mais próxima ao exemplo do texto, considerando como forma de injustiça

Os anos seguintes à publicação de *Epistemic Injustice* (ocorrida em 2007) trouxeram relevantes acréscimos aos conceitos originais de Fricker. Embora tal hipótese fosse rejeitada pela autora⁴⁶, Medina e Lackey teorizaram que não apenas o *déficit* de credibilidade pode configurar uma forma de injustiça testemunhal, mas é possível que o ponto de partida do exame das alegações de um sujeito epistêmico já lhe seja bastante superior aos demais, como se sua narrativa fosse dotada (também de forma apriorística) de um *superávit* de credibilidade ou – em termos mais próximos à linguagem processual – presunção de veracidade⁴⁷. Nessa ótica, é injusta, do ponto de vista testemunhal, não apenas a desigualdade *para menos* na distribuição da credibilidade, mas também a desigualdade *para mais*, quando se presumem verdadeiras as falas de determinado indivíduo ou grupo.

Com isso, o conceito de injustiça epistêmica testemunhal passou a refletir com maior precisão dinâmicas de poder em que determinadas categorias (sociais, profissionais, econômicas) detêm hegemonia no convencimento de interlocutores sobre a confiabilidade de suas palavras⁴⁸. Pródigo, igualmente, é o processo penal em exemplos de hipervalorização de certas narrativas, há muito denunciados pela

hermenêutica também a exclusão *intencional* (ou seja, *agencial*) de conceitos linguísticos, ver: MEDINA, José. Group agential epistemic injustice: epistemic disempowerment and critical defanging of group epistemic agency. *Philosophical Issues, Malden*, v. 32, n. 1, p. 320-334, 2022, p. 323 e 332.

⁴⁶ FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 21.

⁴⁷ MEDINA, José. The relevance of credibility excess in a proportional view of epistemic injustice: differential epistemic authority and the social imaginary. *Social Epistemology*, Colchester, v. 25, n. 1, p. 15-35, 2011, p. 15; LACKEY, Jennifer. Credibility and the distribution of epistemic goods. In: MCCAIN, Kevin. *Believing in accordance with the evidence: new essays on evidentialism*. Cham: Springer, 2018, p. 149.

⁴⁸ DAVIS, Emmalon. Typecasts, tokens, and spokespersons: a case for credibility excess as testimonial injustice. *Hypatia*, Cambridge, v. 31, n. 3, p. 485-501, 2020, p. 486.

academia: os atos documentados do inquérito policial⁴⁹ e os testemunhos de agentes de segurança pública⁵⁰ são talvez os mais recorrentes.

2.1. INJUSTIÇA EPISTÊMICA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A classificação das espécies de injustiça epistêmica é de extrema valia para o estudo de fenômenos processuais penais e o julgamento de casos práticos. Não por acaso, o tema recebeu recente atenção do STJ, em dois acórdãos relatados pelo Ministro Ribeiro Dantas (que introduziu o tema na jurisprudência superior) nos anos de 2021 e 2022.

No primeiro precedente, o agravo em recurso especial (AREsp) 1.940.381/AL⁵¹, o STJ tratou da injustiça epistêmica testemunhal pela desvalorização da versão dos fatos apresentada pelo imputado (jovem negro, em situação de rua, pai na adolescência), então agravante, condenado em primeira e segunda instâncias em um procedimento sancionador por ato infracional análogo ao crime de homicídio. Enquanto o representado afirmava ter agido em legítima defesa, para proteger sua namorada grávida contra o ataque físico de um homem mais velho e alcoolizado, o juízo de origem e o Tribunal local desconsideraram seu relato e o condenaram a partir unicamente de testemunhos indiretos de dois agentes militares (um policial e um bombeiro). Estes, por sua vez, não viram efetivamente os fatos, mas apenas narraram aquilo que *ouviram dizer* de testemunhas oculares, as quais não cuidaram de identificar.

Nenhuma outra prova dentre as várias possíveis – o exame de corpo de delito, a ouvida das testemunhas diretas – foi produzida para rechaçar a versão apresentada pelo jovem acusado, que se viu ignorado

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 73; PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 197.

⁵⁰ JESUS, Maria Gorete Marques; RIGON, Bruno Silveira. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 85-119, 2019, p. 111.

⁵¹ AREsp 1.940.381/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 16/12/2021.

pelo Estado e a receber o ônus de provar sua inocência. O menor representado foi, então, vítima de uma dupla injustiça epistêmica, pela falta de confiabilidade imputada a sua fala e pelo excessivo peso atribuído aos testemunhos de agentes estatais que, mesmo não tendo visto os fatos, foram considerados mais críveis do que o jovem. A Quinta Turma reconheceu nesse procedimento evidentes vícios na valoração da prova, pois Ministério Público, juiz e Tribunal local não forneceram justificativas racionais para que fosse reputado falso o relato do adolescente (mesmo porque o Estado negligenciou todas as oportunidades de produzir provas capazes de desmenti-lo, incorrendo em *perda da chance probatória*⁵²). Por isso, à unanimidade, o colegiado deu provimento ao recurso especial defensivo para absolver o recorrente.

Meses depois, no julgamento do AREsp 1.936.393/RJ⁵³, o Ministro Ribeiro Dantas propôs ao colegiado o enfrentamento da injustiça epistêmica testemunhal sob o enfoque da hipervalorização probatória da palavra do policial no processo criminal. Ao julgar uma ação penal por tráfico de drogas, o Ministro relator compilou dezenas de pesquisas nacionais e internacionais sobre o modo de atuação da polícia brasileira para apontar os riscos da verdadeira onipotência⁵⁴ atribuída à palavra do policial por parte do Judiciário. Mais do que isso: para o relator, a simples encampação acrítica das narrativas apresentadas pela polícia gera mais do que uma injustiça epistêmica *testemunhal*, mas verdadeira injustiça epistêmica *hermenêutica*, pois indica que nem sequer há, no repertório lexical das instituições encarregadas da persecução penal, o aparato linguístico para a expressão de algum ceticismo em relação ao que é dito pela polícia.

⁵² ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 455-471, 2017, p. 462.

⁵³ AREsp 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 08/11/2022.

⁵⁴ NEVES, Thereza Cristina Coitinho das. A palavra policial como prova onipotente do tráfico de drogas e o grande encarceramento. In: ESPINERA, Bruno; COLAVOLPE, Luís Eduardo; MATTOS FILHO, Maurício. *A prova e o processo penal constitucionalizado: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 701.

A proposta apresentada pelo Ministro Ribeiro Dantas para mitigar esse problema foi a impossibilidade de que, no campo da valoração probatória, a palavra do policial servisse, isoladamente, para comprovar qualquer elemento essencial do crime (mormente a autoria delitiva). Para tal fim, seria necessária a corroboração do testemunho do agente por gravação audiovisual, pela sistemática de câmeras corporais ou veiculares.

Acompanhada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, essa específica sugestão do relator não recebeu adesão da maioria dos membros da Quinta Turma do STJ: prevaleceu o voto divergente do Ministro Joel Ilan Paciornik (seguido pelos Ministros Jesuíno Rissato e Jorge Mussi), para quem a palavra do policial é em tese idônea para sustentar uma condenação, mesmo que não externamente corroborada. De todo modo, foi unânime o colegiado ao prover o recurso especial defensivo e absolver o acusado, justamente por constatar o excesso de credibilidade atribuído, no caso concreto, aos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, novamente somado à injustificada desvalorização do relato do próprio réu.

2.2. DINÂMICA DA INJUSTIÇA EPISTÊMICA AGENCIAL

A referência às classificações de injustiça epistêmica e aos dois casos julgados pelo STJ é útil para contextualizar os elementos que compõem o conceito de injustiça agencial apresentado por Lackey a partir de seu objeto de estudo original: a confissão extrajudicial retratada em juízo⁵⁵. Quando o réu afirma em seu interrogatório judicial que a confissão prestada durante a etapa policial foi obtida sob pressão, manipulação psicológica ou mesmo tortura, ou simplesmente não corresponde à verdade dos fatos, se instala uma espécie de *concurso de credibilidade* entre acusado e acusação⁵⁶: o primeiro tem em seu favor apenas o próprio depoimento,

⁵⁵ LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 110, n. 1, p. 43-68, 2020, p. 52.

⁵⁶ DRIZIN, Steven; REICH, Marissa. Heeding the lessons of history: the need for mandatory recording of police interrogations to accurately assess the reliability and voluntariness of confessions. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 52, n. 4, p. 619-645, 2004, p. 638.

enquanto a segunda conta com a poderosíssima palavra dos policiais sobre os eventos que aconteceram durante o interrogatório extrajudicial no qual se colheu a confissão.

Na ausência de provas externas de uma ou outra narrativa, chega-se a um “ponto de inflexão”⁵⁷ na valoração da prova que, como indica a comprovação empírica abordada no capítulo anterior, é em regra decidida pelo descarte do relato do réu e prevalência do testemunho do policial. Subjacente a esse raciocínio encontra-se a resistência (estado de negação)⁵⁸ dos agentes do sistema de justiça em considerar a possibilidade de que um réu tenha sido pressionado ou torturado para confessar, ou que seja falsa a confissão por ele prestada. Com isso, não se exigem da acusação provas sobre o modo de produção do interrogatório extrajudicial ou que corroborem os fatos narrados na confissão.

Para além da mais evidente injustiça epistêmica *testemunhal* (em suas duas vertentes, pela *desvalorização* do testemunho do réu e *excessiva valorização* ao relato da polícia), é também perceptível a adequação desse estado de coisas ao conceito de injustiça *hermenêutica*. Como registra o Ministro Ribeiro Dantas em seu voto no AREsp 1.936.393/RJ⁵⁹, os autos processuais diariamente analisados pelo STJ indicam que, no vocabulário das instituições sancionadoras, frequentemente não há “ferramentas linguísticas para considerar a possibilidade de inocência do réu. Em ações penais decorrentes de uma prisão ou apreensão em (suposto) flagrante, o sistema jurídico pátrio parece considerar a expressão ‘acusado inocente’ uma impossibilidade lógica”.

Ao contrário, prevalece nos autos de inquéritos policiais a *sanitização*, que é uma das formas linguísticas da injustiça hermenêutica. Faltam no léxico dos documentos oficiais as palavras para descrever com precisão o modo real (e bem documentado internacionalmente, como visto na parte 1) de atuação da polícia brasileira. Em seu lugar, são inseridas as expressões típicas do jargão policial, que retiram dos registros

⁵⁷ CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Standards de prova na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 135.

⁵⁸ SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel do juiz no grande encarceramento*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 118.

⁵⁹ AREsp 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 08/11/2022.

oficiais qualquer fato que possa soar desabonador à instituição⁶⁰. Trata-se de uma espécie de *oficialês* (*Amtssprache*)⁶¹, uma linguagem burocrática que atribui palavras suaves, mais aceitáveis em documentos estatais, para representar realidades por vezes inconfessáveis, para as quais já existem na língua palavras outras, mais diretas.

As três tipologias de injustiça epistêmica interagem, dessarte, na dinâmica da injustiça agencial: confere-se valor excessivo à narrativa da polícia quanto ao modo de obtenção da confissão extrajudicial (injustiça testemunhal por superávit de credibilidade) e despreza-se o relato do acusado sobre os fatos quando a retrata em juízo (injustiça testemunhal por déficit de credibilidade), enquanto a possibilidade de que este tenha falado a verdade, ou que a polícia tenha agido de forma ilícita, nem chega a ser aventada (injustiça hermenêutica). Opera-se simultaneamente uma terceira injustiça testemunhal, porque a confissão do réu recebe um excesso de credibilidade, quando comparada com a retratação, independentemente das condições em que realizado o interrogatório policial. Com isso, embora o acusado tenha *em tese* a prerrogativa de exercer sua agência epistêmica e se retratar da confissão, como permite o art. 200 do CPP, suas oportunidades de sucesso nessa empreitada são baixíssimas.

Este último ponto foi identificado por Medina⁶² com o nome de *desempoderamento* (*disempowerment*), em complementação ao conceito

⁶⁰ DORFMAN, David. Proving the lie: litigating police credibility. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 26, n. 1, p. 455-503, 1999, p. 460-461.

⁶¹ ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen*. 15. ed. München: Piper Verlag, 2013, e-book não paginado. Segundo Arendt, a expressão foi usada por Adolf Eichmann em referência à documentação com que o oficial alemão lidava na organização da logística de transportes do Holocausto, durante a Segunda Guerra Mundial. Obviamente, este artigo não traça nenhum tipo de paralelo entre a atuação da polícia brasileira e o setor da *Schutzstaffel* responsável pelo genocídio nazista. Chama-se atenção, apenas, para um dos conceitos filosóficos explorados por Arendt em sua *opus magnus*, que registra o mesmo fenômeno linguístico ora analisado: o uso da linguagem burocrática para remover do vocabulário oficial palavras capazes de expressar fatos considerados indesejáveis ou inadmissíveis pelo Estado.

⁶² MEDINA, José. Group agential epistemic injustice: epistemic disempowerment and critical defanging of group epistemic agency. *Philosophical Issues*, Malden, v. 32, n. 1, p. 320-334, 2022, p. 325.

de Lackey, como um componente adicional da injustiça agencial. Nas formas mais sub-reptícias dessa espécie de injustiça, a vítima *aparenta* dispor de algum mecanismo para manifestar sua autodeterminação, mas essa possibilidade é prevista meramente *proforma*, já que não há chances reais de que seu discurso seja ouvido e ponderado. A previsão formal de mecanismos ineficazes de agência é, então, um simples pedágio para que se chegue a um desfecho já sabido antecipadamente por todos. Com uma mão, o sistema discursivo *empodera* fictamente o agente com a oportunidade de se manifestar, enquanto com a outra o *desempodera* ao retirar a eficácia prática de sua manifestação.

O cenário desenhado pelos estudos empíricos referidos no capítulo 1 deste artigo registra a sutileza percebida por Medina: conquanto possa o réu questionar uma confissão extrajudicial, essa forma de exercer sua agência epistêmica é, no mais das vezes, apenas um obstáculo a ser saltado na corrida rumo à sentença condenatória. A argumentação defensiva será, ao fim, recebida por polícia, Ministério Público e Judiciário como uma mera manobra para fugir à punição, sem prospectos reais de que se reconheça algum tipo de má conduta estatal na extração da confissão.

Essa dimensão da injustiça agencial é exacerbada, no Brasil, pela concepção subjetiva (ou irracional⁶³) da prova – ainda predominante no Judiciário nacional⁶⁴ –, segundo a qual o sistema de livre apreciação instituído no art. 155 do CPP permitiria ao juiz formar seu convencimento pessoal em qualquer sentido, desvinculado de critérios objetivos, desde que expusesse os motivos (íntimos, pessoais, subjetivos) que o embasam. Por isso, quando o art. 200 do CPP anuncia que a confissão é retratável “sem prejuízo do livre convencimento do juiz”, introduz-se na prática uma abertura retórica para que o julgador “não se convença” da retratação da confissão e, conseqüentemente, atribua maior peso às declarações extrajudiciais do acusado.

⁶³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 399-400.

⁶⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tribunais Superiores e standards de prova. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 499.

A pesquisa doutoral de Marcelo Semer⁶⁵ mostra que as razões de “convencimento” expostas na sentença resumem diversas formas de expressar um único fenômeno: a crença na palavra da polícia, aliada à descrença na narrativa do acusado. A insuficiência dessa exigência de justificação retórica, de longa data percebida aqui⁶⁶ e alhures⁶⁷, é agravada pelas deficiências crônicas do sistema investigativo da polícia judiciária brasileira, fomentando um sistema de perseguição criminal com profundas lacunas de racionalidade e objetividade.

Não é exagerado concluir, à luz dessas ponderações e da documentação citada no tópico 1, que o processo penal brasileiro apresenta todos os fatores de risco para a prática de injustiças epistêmicas agenciais quando da valoração de confissões extrajudiciais. Vive-se num estado de *extrema credibilidade* conferida ao discurso policial, somada à *baixa (ou mesmo inexistente) credibilidade* imputada a qualquer argumentação defensiva divergente, em que a inocência do acusado por vezes não é sequer cogitada. Ao mesmo tempo, as garantias de que dispõe o sistema para *empoderar* a posição jurídica do réu – como a retratabilidade da confissão e a exigência de motivação das decisões judiciais – mostram-se inefetivas para prevenir a injustiça agencial porque dependem, no fim das contas, do *livre convencimento subjetivo* do juiz (arts. 155 e 200 do CPP), que tende a privilegiar os elementos produzidos pela polícia no inquérito.

Pensar em soluções jurídicas capazes de neutralizar tais fatores, ou ao menos mitigá-los, é o objetivo do próximo capítulo.

⁶⁵ SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel do juiz no grande encarceramento*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 237-238.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 109-110; BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, e-book não paginado.

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 105; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133-134.

3. VALORAÇÃO RACIONAL DA CONFISSÃO

Em face dos argumentos até aqui apresentados, e considerando as recentes evoluções na jurisprudência do STJ, duas são as propostas deste trabalho para prevenir a injustiça agencial no processo penal.

Primeiramente, deve-se privilegiar a prova “judicializada” – expressão de certo modo pleonástica, já que prova é somente aquela produzida em juízo⁶⁸, ressalvadas as irrepetíveis e cautelares – no momento da valoração probatória pela sentença. Isso significa que, caso não reste repetida no curso da ação penal, a confissão extrajudicial deve ser desprezada pelo julgador enquanto elemento desfavorável ao réu. E, em segundo lugar, mesmo que a confissão seja reiterada pelo acusado no interrogatório judicial, seu grau de agência epistêmica deve ser considerado racionalmente pelo juízo sentenciante como um dos critérios de valoração dessa prova.

3.1. RESGATE DO PROTAGONISMO DA PROVA PRODUZIDA EM JUÍZO

Profundamente influenciada pelo gérmen inquisitorial do CPP, antiga e enraizada é a tradição judicial brasileira de valorar os elementos informativos colhidos durante o inquérito policial “em conjunto” com a prova produzida em juízo⁶⁹, numa peculiar espécie de holismo probatório. Com isso, se os indícios não restam desmentidos sob o crivo do contraditório (ou se são minimamente corroborados pela prova), tem-se um fato por provado nos termos do art. 155 do CPP.

Nos últimos dois anos, entretanto, o STJ tem conduzido um movimento de recuperação do papel da prova judiciária no processo penal, colocando-se em oposição a essa leitura do art. 155 do CPP.

Cabe citar, como exemplos, os precedentes que – mudando anos de orientação jurisprudencial anterior – assentaram a impossibilidade de

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 473.

⁶⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 301-303.

pronunciar⁷⁰ ou condenar⁷¹ o réu, no rito do tribunal do júri, apenas com base em elementos informativos do inquérito. E mais: atento aos estudos doutrinários em epistemologia da prova⁷², o STJ não admite somente a menção *holística* ao “conjunto da prova” em decisões judiciais, mas entende ser dever do juiz também avaliar individualmente, de maneira *atomista*, quais dados probatórios comprovam cada elemento essencial do crime⁷³.

O conceito de *prova* é, em seu âmago, indissociável do contraditório⁷⁴: sendo cabível a repetição de um elemento informativo do inquérito no processo judicial em contraditório, para qualificá-lo com a natureza superior da *prova*, não pode o Judiciário se contentar com o indício inquisitorial não confirmado em juízo. Logo, tendo em vista que só a prova é capaz de gerar condenação (como se extrai, ainda que *a contrario sensu*, do art. 386 do CPP); que a prova, e não o indício do inquérito, é quem serve para fundamentar a sentença (art. 155 do CPP); e que a confissão é retratável e repetível (arts. 185 e 200 do CPP), conclui-se que a confissão

⁷⁰ Os acórdãos da Quinta e da Sexta Turmas do STJ que iniciaram essa nova orientação jurisprudencial foram os seguintes: HC 560.552/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe de 26/02/2021; e REsp 1.932.774/AM, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/08/2021, DJe de 30/08/2021.

⁷¹ O acórdão da Quinta Turma que alterou o entendimento jurisprudencial anterior foi o REsp 1.916.733/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 29/11/2021. O inteiro teor do voto condutor detalha o histórico pretoriano anterior e as razões para superar a *ratio decidendi* que até aquele momento orientava a atuação do STJ no tema.

⁷² HAACK, Susan. A foundherentist theory of empirical justification. In: MCGRATH, Matthew et al. *Epistemology: an anthology*. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2008, p. 139-140; PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 127; e ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 54-55.

⁷³ A orientação atomista no controle probatório foi introduzida na jurisprudência do STJ na apreciação do AREsp 1.803.562/CE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/08/2021, DJe de 30/08/2021; e reaplicada pela mesma Turma em outras ocasiões posteriores, como, exemplificativamente, no AgRg no AREsp 2.097.685/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022.

⁷⁴ FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale: struttura e procedimento* (v. 1). Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 107-108.

extrajudicial somente pode ser valorada em desfavor do réu pelo juiz criminal se integralmente confirmada durante a ação penal.

Não sendo repetida a confissão, o magistrado não fica, por óbvio, obrigado a absolver o acusado, porque pode encontrar nas demais provas dos autos, se existentes, razões objetivamente fortes o bastante para superar o *standard* probatório do processo penal e ter como provada a hipótese acusatória. É esse o sentido mais racional da parte final do art. 200 do CPP, quando afirma que a retratação da confissão ocorre “sem prejuízo do livre convencimento do juiz”. Por outro lado, nada há no dispositivo que, numa leitura sistemática (com os arts. 155, 185 e 386 do CPP) e constitucionalmente adequada (art. 5º, LV e LVII, da Constituição da República), autorize o julgador a fundamentar a condenação num dado probatório – a confissão extrajudicial retratada – precário e vocacionado apenas à formação da *opinio delicti* ministerial. Entendimento diverso desprezaria o regime de repetibilidade do interrogatório do réu e a primazia da prova judiciária, sacrificando o *standard* de elevadíssima probabilidade exigido para a condenação criminal.

É importante lembrar que, quando ouvido em juízo, o acusado encontra-se no exercício de um grau de agência epistêmica muito maior do que aquele presente no inquérito policial. Durante o processo, o réu já conhece a imputação vertida na denúncia, sabe quais são as provas existentes em seu desfavor (art. 400 do CPP), está obrigatoriamente assistido por defesa técnica (art. 261 do CPP) e, mesmo que se encontre preso, permanece sob os olhares atentos de membros de duas outras instituições (o Judiciário e o Ministério Público) diversas daquela responsável por sua prisão. Nenhuma dessas garantias existe no inquérito, em que o réu é flagrado, preso, autuado, custodiado e ouvido unicamente nas entranhas da polícia, senhora de seu destino naquele momento.

Evidente, pois, que a capacidade de o acusado tomar decisões livres e informadas sobre o que dizer – sua *agência* – é maior no processo judicial, quando comparada à pequena agência que tinha durante a investigação. Acreditar que réus ou investigados só dizem a verdade quando estão sob pressão, com sua agência restrita ou suprimida, é precisamente uma das expressões da injustiça epistêmica agencial. Um sistema preocupado em preveni-la deve fazer exatamente o oposto.

3.2. GRAU DE AGÊNCIA EPISTÊMICA COMO CRITÉRIO DE VALORAÇÃO PROBATÓRIA

Mesmo que o maior risco de confissões falsas esteja presente no inquirito, como visto na parte 1 deste artigo, a confissão confirmada em juízo tampouco é imune a falhas⁷⁵. Considerando também a determinação do art. 197 do CPP, a confissão no interrogatório judicial não leva automaticamente à condenação do acusado, mas precisa ainda ser *valorada* pelo juiz.

Nenhum critério de valoração é dado explicitamente pelo CPP; isso, contudo, não significa a inexistência de parâmetros⁷⁶, competindo à doutrina e à jurisprudência defini-los de maneira objetiva. Não há, em um processo penal que se proclama democrático e almeja a racionalidade, espaço para que decisões sobre fatos – que podem resolver de forma irremediável o destino das pessoas – baseiem-se unicamente no convencimento íntimo e pessoal de um juiz, ainda que motivado. Embora a interpretação subjetiva do livre convencimento ainda predomine na jurisprudência brasileira, ganha cada mais vez força a concepção *racionalista* de que a valoração probatória precisa se amparar em critérios intersubjetivamente controláveis para se avaliar o grau de corroboração da hipótese acusatória⁷⁷. Além de adotada pelo STJ em mais de uma ocasião⁷⁸, tal corrente representa na epistemologia da prova o que há

⁷⁵ REIMER, Norman; SABELLI, Martín Antonio. The tyranny of the trial penalty: the consensus that coercive plea practices must end. *Federal Sentencing Reporter*, Berkeley, v. 31, n. 4-5, p. 215-221, 2019, p. 216.

⁷⁶ BOHLANDER, Michael. Basic concepts of german criminal procedure: an introduction. *Durham Law Review*, Durham, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2011, p. 27.

⁷⁷ VÁZQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 109; RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC: em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR., Freddie et al. *Direito probatório*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 125; e FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 96.

⁷⁸ Conferir, por exemplo: AREsp 1.936.393/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 08/11/2022; e REsp 1.972.098/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/06/2022, DJe de 20/06/2022

de mais moderno, constitucionalmente válido e harmônico com os arts. 155, 315, § 2º, e 386 do CPP.

Sem pretensões de esgotar os possíveis critérios para o exame das provas em geral e da confissão especificamente – tarefa que exigiria dimensões monográficas –, este trabalho propõe *um* possível parâmetro de valoração probatória, dentro da delimitação feita em sua introdução, para prevenir a injustiça epistêmica agencial, a saber: o peso probatório da confissão colhida ou confirmada em juízo será diretamente proporcional ao grau de agência do confessor. Declarações prestadas em momentos de pouca capacidade de autodeterminação, mesmo que ratificadas no processo judicial, devem por consequência ser recebidas com reservas pelo julgador.

Na aferição do grau de agência do réu, o magistrado precisa se atentar em especial para os fatores de risco comprovadamente capazes de produzir confissões falsas, já abordados na parte 1: interrogatórios longos, pouca participação ativa da defesa técnica, (in)existência de uma estratégia defensiva organizada, desconhecimento real sobre a totalidade das provas existentes, presença de vulnerabilidades pessoais etc. É imprescindível ponderar, igualmente, se os fatores que podem demonstrar maior agência do réu (como a assistência por um defensor) foram efetivos ou meramente formais, sem realmente elevar seu poder agencial, na perspectiva desenvolvida por Medina⁷⁹. Isto é: a simples ausência de fatores estressores, por si só, não demonstra necessariamente maior agência por parte do acusado se os meios pelos quais ele pode exercer sua autodeterminação não são eficazes.

Não é viável especificar com precisão matemática o impacto desses elementos sobre a confiabilidade de uma confissão, mas pelo menos de forma comparativa pode-se traçar paralelos que auxiliem a valoração probatória e a tornem mais racional.

A confissão prestada em juízo pelo acusado preso que se encontrou rapidamente e pela primeira vez com um defensor dativo nomeado minutos antes de uma audiência, sem tempo útil para estabelecer uma

⁷⁹ MEDINA, José. Group agential epistemic injustice: epistemic disempowerment and critical defanging of group epistemic agency. *Philosophical Issues*, Malden, v. 32, n. 1, p. 320-334, 2022, p. 325.

estratégia defensiva eficaz, *v.g.*, é substancialmente distinta daquela ofertada pelo réu que, em liberdade e assistido desde o princípio das investigações por advogado, confessa ao celebrar acordo de colaboração premiada, após longas rodadas de negociações e com um compartilhamento de provas transparente entre defesa e acusação, do qual resulta ampla corroboração das alegações do colaborador. Há entre elas uma diferença relevante em termos de agência epistêmica, pois a capacidade de autodeterminação do primeiro acusado é significativamente menor, já que se encontrou privado de sua liberdade, assistência jurídica e conhecimento sobre as provas desde que o aparato sancionador o viu pela primeira vez.

Isso não se significa, é claro, que a confissão do segundo exemplo seja absolutamente segura ou isenta de riscos, mas somente que, ao prestá-la, o réu pôde exercer sua agência com maior efetividade, o que lhe acresce em segurança epistêmica. Ambas, por sua vez, são mais seguras do que a confissão informal colhida pela polícia militar no banco de trás de uma viatura, pouco após a prisão em flagrante do investigado, que nessa situação tem ainda menos agência para tomar decisões sérias em seu próprio prejuízo – inclusive pelo risco de que seja torturado caso se recuse a confessar⁸⁰.

Ponderar eventuais restrições à agência epistêmica do réu, com a atribuição de menor valor probatório a declarações incriminatórias prestadas em momentos de agência reduzida, é uma das formas epistemicamente justificadas de valorar a prova com racionalidade e evitar o cometimento de injustiças agenciais. Preocupações epistêmicas, é certo, não são as únicas perseguidas pelo processo penal, mas são elas essenciais para que este cumpra uma de suas missões: o *acertamento de fatos* referido no começo deste artigo – ou, numa perspectiva de verdade por correspondência, que as hipóteses fáticas tidas por provadas no processo correspondam àquilo que ocorreu no mundo externo⁸¹.

⁸⁰ Havendo tortura, a confissão será inadmissível, porquanto obviamente ilícito seu modo de obtenção, nos termos dos arts. 157 do CPP e 5º, III e LVI, da Constituição da República.

⁸¹ FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. 2. ed. São Paulo: Jus-Podivm, 2022, p. 44.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de injustiça epistêmica agencial bem descreve a situação enfrentada pelo acusado brasileiro que (por tortura, coerção, desespero) tenha confessado a prática de um crime à polícia, na etapa inquisitorial, e se retratado da confissão em juízo. Dada a alta penetração de elementos do inquérito no processo penal pátrio, aliada ao ceticismo de magistrados quanto a questionamentos sobre a veracidade do testemunho policial, o mais provável é que o réu seja vitimado pela injustiça agencial: suas declarações reputadas mais críveis serão precisamente aquelas prestadas no momento de menor agência. Tudo isso num cenário judicial em que ainda predomina uma concepção academicamente ultrapassada de livre convencimento – em que pesem os relevantes avanços liderados pela jurisprudência do STJ –, que dificulta uma avaliação objetiva sobre o acerto ou desacerto do juiz na valoração da prova.

Recuperando as perguntas propostas na introdução, vislumbram-se duas possibilidades concretas para prevenir injustiças agenciais, diante desse quadro em que é tão elevada a chance de sua ocorrência: (I) desconsiderar, para fins de valoração da prova, confissões extrajudiciais não confirmadas em juízo; e (II) mesmo para as confissões colhidas ou confirmadas perante o juiz, adotar como *um* dos critérios de valoração o grau de agência do acusado ao confessar, com a atribuição de menor credibilidade a confissões prestadas quando as condições de autodeterminação do réu eram menores. Tal compreensão contém uma interpretação racional, objetiva e essencialmente garantista – já que é o processo o *locus* por essência do controle das atividades estatais, tendo como parâmetros as garantias do acusado – dos arts. 155, 185, 197, 200 e 386 do CPP, que valoriza a capacidade de autodeterminação do réu e fomenta o exercício mais pleno e *efetivo* de sua defesa.

Além de se alinhar ao recente movimento jurisprudencial do STJ, que tem deslocado o epicentro da produção probatória para o seio do processo judicial (numa atualização da interpretação tradicionalmente dada ao art. 155 do CPP), essa proposta combate diretamente os fatores que compõem a dinâmica da injustiça agencial. O controle dessa injustiça, afinal, passa obrigatoriamente pela quebra da relação *inversa* de proporção entre agência e credibilidade. Vale dizer: se, na dinâmica da

injustiça agencial, a credibilidade do réu é inversamente proporcional a sua agência, a construção de um processo justo exige que se atribua maior confiabilidade ao que é dito pelo acusado precisamente nos momentos em que esteve no ápice de sua agência.

No fundo, uma resposta institucional efetiva – e não meramente retórica ou formal – à injustiça agencial exige também o enfrentamento de dois fatores antigos e enraizados na cultura processual brasileira.

Primeiramente, é necessário superar a resistência judicial em reconhecer as dinâmicas de poder que se desenvolvem socialmente e resultam na distribuição desigual da credibilidade, por fatores financeiros, étnico-raciais, etários, profissionais, de gênero. O processo penal, enquanto método de exercício dos mais intensos poderes do Estado, não é imune a tais dinâmicas: ao contrário, os agentes que nele exercem suas funções, públicas ou privadas, não podem ignorar acriticamente o que acontece no *mundo social*, já que, embora legalmente regulamentado, o processo não existe à parte desse mundo. A contaminação dos dispositivos processuais – e de seu ápice, a sentença – por preconceitos e injustiças de matizes diversos é um risco real e que precisa ser adequadamente compreendido e endereçado pelas instituições encarregadas da administração da Justiça.

E, em segundo lugar, é urgente a superação do paradigma subjetivo do livre convencimento motivado (ou livre apreciação da prova), que carrega em si o risco de converter todas as garantias processuais constitucional e legalmente asseguradas em simples *pedágios retóricos*. É pequena a força de direitos fundamentais como o contraditório e a ampla defesa se, para superar a presunção de não culpabilidade que protege o acusado, basta que o juiz *se convença* de uma ou outra narrativa. De pouco adianta ao réu poder se defender de uma acusação, ou contraditar seus termos, se o simples *convencimento pessoal* do julgador – potencialmente influenciado por vieses e injustiças desconhecidas quicá do próprio magistrado –, ainda que fundamentado na escrita da sentença, é suficiente para gerar uma condenação criminal.

Tais garantias tornam-se essencialmente *desempoderadas* num modelo probatório subjetivo, que situa o ponto nuclear do acerto de fatos da jurisdição penal não naquilo que está objetivamente corroborado pelas provas, mas sim na opinião pessoal que o juiz formou

a seu respeito. Encarar o problema do livre convencimento subjetivo é tarefa da qual o direito brasileiro não terá como se esquivar por muito tempo, se almejar a construção de um sistema penal racional e menos injusto.

As sugestões aqui apresentadas não exauzem, certamente, a profundidade do tema. Como direcionamentos possíveis para pesquisas futuras, há ainda um grande espaço a ser explorado quanto aos específicos critérios de valoração racional da prova (e da confissão), de modo a preencher o vácuo deixado pela escola subjetiva do livre convencimento. A própria injustiça epistêmica agencial é ainda um conceito novo e não abordado explicitamente por estudos empíricos brasileiros, de modo que seria valiosa a pesquisa empírica que, tendo-a como referencial teórico, buscase examinar sua aplicabilidade (e eventuais dinâmicas próprias de incidência) no modo de atuação das instituições encarregadas da persecução penal no Brasil.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Maria Carolina de Melo. O inquérito penal: vicissitudes e mudanças necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 913-950, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.335>

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 507-540, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>

ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen*. 15. ed. München: Piper Verlag, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BLUMET, John; HELM, Rebecca. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 100, n. 1, p. 157-192, 2014. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2103787>

BOHLANDER, Michael. Basic concepts of german criminal procedure: an introduction. *Durham Law Review*, Durham, v. 1, n. 1, p. 1-31, 2011.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 135.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/prisaopreventiva.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situation of human rights in Brazil*. 2021. Disponível em: <<https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/Brasil2021-en.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2022.

CONNECTAS. *Tortura blindada*. 2017. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2017_Tortura_Blindada_sumario_executivo.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CONNECTAS et al. *Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos Tribunais de Justiça do Brasil (2005-2010)*. 2016. Disponível em: <https://issuu.com/julgandoatortura/docs/julgando_a_tortura>. Acesso em: 20 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Subsídios à missão do Subcomitê das Nações Unidas para Prevenção da Tortura (SPT) ao Brasil*. 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/informe-spt-fevereiro-22-10h-impresao.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DAVIS, Emmalon. Typecasts, tokens, and spokespersons: a case for credibility excess as testimonial injustice. *Hypatia*, Cambridge, v. 31, n. 3, p. 485-501, 2020. <https://doi.org/10.1111/hypa.12251>

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *DPRJ reúne 1.250 relatos de maus tratos e tortura de presos em 1 ano*. 2021. Disponível em: <[https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_\(1\).pdf](https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Relat%C3%B3rio_casos_tortura_e_maus_tratos_junho2019-agosto2020_-_v3_(1).pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2022.

DORFMAN, David. Proving the lie: litigating police credibility. *American Journal of Criminal Law*, Austin, v. 26, n. 1, p. 455-503, 1999.

DRIZIN, Steven; REICH, Marissa. Heeding the lessons of history: the need for mandatory recording of police interrogations to accurately assess the reliability

and voluntariness of confessions. *Drake Law Review*, Des Moines, v. 52, n. 4, p. 619-645, 2004.

DUNNING, David; WU, Kaidi. Hypocognition: making sense of the landscape beyond one's conceptual reach. *Review of General Psychology*, Washington DC, v. 22, n. 1, p. 25-35, 2018. <https://doi.org/10.1037/gpr0000126>

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale: struttura e procedimento* (v. 1). Torino: G. Giappichelli, 2015.

FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2010.01098.x>

FRICKER, Miranda. Evolving concepts of epistemic injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLHAUS JR., Gaile. *Routledge handbook of epistemic injustice*. Londres: Routledge, 2017, p. 53-60. <https://doi.org/10.4324/9781315212043-5>

GARRETT, Brandon. Actual innocence and wrongful convictions. IN: LUNA, Erik. *Reforming criminal justice: pretrial and trial processes* (v. 3). Phoenix: The Academy for Justice, 2017, p. 193-210.

HAACK, Susan. A foundherentist theory of empirical justification. In: MCGRATH, Matthew et al. *Epistemology: an anthology*. 2. ed. Oxford: Blackwell, 2008, p. 134-144.

HIRSCH, Alan. Going to the source: the 'new' Reid method and false confessions. *Ohio State Journal of Criminal Law*, Columbus, v. 11, n. 2, p. 803-826, 2014.

INNOCENCE PROJECT. *DNA Exonerations in the United States*. 2022. Disponível em: <<https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques; RIGON, Bruno Silveira. Testemunho policial como prova no processo penal brasileiro: uma análise crítica da presunção de veracidade das narrativas policiais nos processos de tráfico de drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 85-119, 2019.

JOHNSON, Vida. Bias in blue: instructing jurors to consider the testimony of police officer witnesses with caution. *Pepperdine Law Review*, Malibu, v. 44, n. 2, p. 245-304, 2017.

KASSIN, Saul. False confessions. *WIREs Cognitive Science*, Danvers, v. 8, n. 6, p. 1-11, 2017. <https://doi.org/10.1002/wcs.1439>

KROLL, Otmar. Wahre und falsche Geständnisse in Vernehmungen. *Zeitschrift für Polizeiwissenschaft und polizeiliche Praxis*, Wien, v.10, n. 2, p. 17-32, 2014, p. 29. https://doi.org/10.7396/2014_2_B

LACKEY, Jennifer. Credibility and the distribution of epistemic goods. In: MCCAIN, Kevin. *Believing in accordance with the evidence: new essays on evidentialism*. Cham: Springer, 2018, p. 145-168. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95993-1_10

LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Chicago, v. 110, n. 1, p. 43-68, 2020.

LACKEY, Jennifer. False confessions and subverted agency. *Royal Institute of Philosophy Supplement*, Cambridge, v. 89, n. 11, p. 11-35. 2021. <https://doi.org/10.1017/S1358246121000072>

LEO, Richard. Interrogation and confessions. In: LUNA, Erik. *Reforming criminal justice: policing* (v. 2). Phoenix: The Academy for Justice, 2017, p. 233-258.

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

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tribunais Superiores e standards de prova. In: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida. *Democracia e sistema de justiça: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 499-509.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Edijur, 2022.

MEDINA, José. The relevance of credibility excess in a proportional view of epistemic injustice: differential epistemic authority and the social imaginary. *Social Epistemology*, Colchester, v. 25, n. 1, p. 15-35, 2011. <https://doi.org/10.1080/02691728.2010.534568>

MEDINA, José. Group agential epistemic injustice: epistemic disempowerment and critical defanging of group epistemic agency. *Philosophical Issues*, Malden, v. 32, n. 1, p. 320-334, 2022. <https://doi.org/10.1111/phs.12221>

MELO, Marcos Eugênio Vieira. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 951-992, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.314>

METERKO, Vanessa. Cognitive biases in criminal case evaluation: a review of the research. *Journal of Police and Criminal Psychology*, Washington DC, v. 37, n. 1, p. 101-122, 2022. <https://doi.org/10.1007/s11896-020-09425-8>

METERKO, Vanessa; WEST, Emily. Innocence Project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years. *Albany Law Review*, Albany, v. 79, n. 3, p. 717-795, 2016.

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.331>

NATIONAL REGISTRY OF EXONERATIONS. *Age and mental status of exonerated defendants who confessed*. 2022. Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Age%20and%20Mental%20Status%20FINAL%20CHART.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

NEVES, Thereza Cristina Coitinho das. A palavra policial como prova onipotente do tráfico de drogas e o grande encarceramento. In: ESPÍÑERA, Brun; COLAVOLPE, Luís Eduardo; MATTOS FILHO, Maurício. *A prova e o processo penal constituicionalizado: estudos em homenagem ao Ministro Sebastião Reis*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 701-715.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *Brazil: UN experts decry acts of racialised police brutality*. 2022. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/07/brazil-un-experts-decry-acts-racialised-police-brutality>>. Acesso em: 19 dez. 2022.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2022.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no novo CPC: em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Direito probatório*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 121-140.

REID, John et al. *Criminal interrogation and confessions*. 5. ed. Burlington: Jones & Bartlett, 2011.

REIMER, Norman; SABELLI, Martín Antonio. The tyranny of the trial penalty: the consensus that coercive plea practices must end. *Federal Sentencing Reporter*, Berkeley, v. 31, n. 4-5, p. 215-221, 2019. <https://doi.org/10.1525/fsr.2019.31.4-5.215>

ROMÁN, Victor Beltrán. Confesiones y riesgos de condenas e imputaciones erróneas: identificación de algunos aspectos problemáticos en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 601-651, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.724>

ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 455-471, 2017. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.2095>

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SAMPAIO, André Rocha; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; FERREIRA, Amanda Assis. 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, v. 6, n. 1, p. 175-210, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>

SCHNEIDER, Teresa; MAY, Lennart. Minimierende und maximierende Vernehmungstaktiken: Risiko falscher Geständnisse und sozialpsychologische

Wirkmechanismen. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, Berlin, v. 15, n. 4, p. 355-367, 2021. <https://doi.org/10.1007/s11757-021-00677-6>

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico: o papel do juiz no grande encarceramento*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. <https://doi.org/10.53071/boo-2022-07-02-62c04c08bc77b>

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e investigações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Direito probatório*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 107-114.

SULLIVAN, Thomas; VAIL, Andrew; ANDERSON III, Howard. The case for recording police interrogations. *Litigation*, Washington DC, v. 34, n. 3, p. 30-38, 2008.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil*. 2016. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/831519?ln=en>>. Acesso em: 19 dez. 2022.

VÁZQUEZ, Carmen. *Prova pericial: da prova científica à prova pericial*. Salvador: JusPodivm, 2021.

Authorship information

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de Cursos de Graduação (UFRN/UnB) e Pós-Graduação (Uninove) em Direito. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. mnrdr@stj.jus.br

Thiago de Lucena Motta. Bacharel (UFRN/Universidade do Porto) e Mestrando em Direito (Uninove). Pós-Graduando em Direito Anticorrupção (Enfam). Analista Judiciário e Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. thiago.motta@stj.jus.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Marcelo Navarro Ribeiro Dantas:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Thiago de Lucena Motta:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 30/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 16/01/2023
- Review 2: 25/01/2023
- Review 3: 25/01/2023
- Preliminary editorial decision: 11/02/2023
- Correction round return: 24/02/2023
- Final editorial decision: 13/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

NAVARRO RIBEIRO DANTAS, Marcelo; DE LUCENA MOTTA, Thiago. Injustiça epistêmica agencial no processo penal e o problema das confissões extrajudiciais retratadas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 129-166, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.791>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.


On “epistemic injustice” and victimization in prisons – an empiric exploration into Chilean reality¹

Sobre injusticia epistémica y victimización en la prisión: una exploración empírica de la realidad carcelaria chilena

Jörg Stippel²

Universidad Central de Chile — Santiago, Chile
jorg.stippel@ucentral.cl
 <http://orcid.org/0000-0002-8465-7020>

Paula Pérez³

Universidad de Chile — Santiago, Chile
paulaperez@gmail.com
 <https://orcid.org/0000-0001-9483-3852>

Marcelo Barria⁴

Universidad de Chile — Santiago, Chile
Marcelo.barria.b@gmail.com
 <https://orcid.org/0000-0002-7447-0000>

ABSTRACT: The article looks for reasons that explain the different results of criminal investigations conducted inside and outside prisons. We ask if and how the concept of epistemic injustice, as developed by Miranda Fricker, helps to understand those variations. The underlying

-
- ¹ This work is part of the FONDECYT Regular Project No. 1211531: “Criminal prosecution of crimes within prisons and the protection of victims and witnesses in Chile: characteristics and factors that affect its effectiveness and quality” (2021- 2023), funded by the National Agency for Research and Development of Chile (ANID).
 - ² PhD in Law, University of Bremen. Regular Professor and Researcher at the Universidad Central de Chile.
 - ³ PhD in Law, King`s College London, UK. Sociologist, Universidad de Chile.
 - ⁴ MSc, Universidad de Chile. Social Anthropologist, Universidad de Chile.

hypothesis is that epistemic injustice is a symptom of a wider problem. The authors assume that the treatment of victims of violent crime inside prison has structural rather than interpersonal explanations. In a qualitative approach the study uses data from a series of semi-structured interviews with prisoners and prison officers (40 interviews in total). It explores the dynamics of the decision to report crime committed inside prisons and the role of different institutions involved in the investigation of these crimes from the perspective and experience of prisoners and prison officers. As result it is argued, that Fricker's concept of epistemic injustice is not very helpful when it comes to understand epistemic injustice suffered by victims of violent crime inside prison. It can be better understood in the terms of epistemic oppression used by Dotson. Thus, it is not about assigning blame but how to change the underlying social relations and institutions that subordinate prisoners on epistemic grounds.

KEYWORDS: prison violence; epistemic injustice; victims.

RESUMEN: *Este artículo indaga en las razones que explican las diferencias en los resultados de la investigación de delitos que se cometen dentro y fuera de la cárcel. El trabajo toma como principal herramienta de análisis el concepto de injusticia epistémica desarrollado por Miranda Fricker para preguntar si este concepto ayuda a comprender qué hay detrás de estas diferencias. El trabajo toma como idea principal que la injusticia epistémica que se observa en el contexto carcelario es un síntoma de problemas a nivel estructural. La hipótesis central de este trabajo es que las formas en las que se trata a las víctimas de delitos violentos dentro de la cárcel tendrían explicaciones de tipo estructural que superan las explicaciones basadas en las relaciones interpersonales. El artículo utiliza metodología cualitativa en la que se analizan 40 entrevistas semi-estructuradas con personas privadas de libertad y funcionarios de custodia, en el análisis se exploran las dinámicas detrás de la decisión de denunciar (o no) los delitos que se comenten en las cárceles y las percepciones de estas personas sobre el rol de las distintas instituciones del sistema de justicia involucradas en la investigación de delitos intracarcelarios. En este artículo se argumenta que el concepto de injusticia epistémica tal como lo define Fricker presenta limitaciones al momento de comprender la injusticia epistémica que sufren las víctimas de delitos violentos dentro de la cárcel y propone que este fenómeno se puede explicar de manera más precisa en términos de "opresión epistémica", concepto desarrollado por Dotson. Finalmente, no se trataría de preguntarse a quién culpar o cómo esclarecer, sino cómo modificar la subordinación de*

las personas privadas de libertad en términos epistémicos a través de las relaciones sociales y las formas en las que las s instituciones funcionan al tratar el fenómeno de la ocurrencia de delitos violentos dentro de las cárceles.

PALABRAS-CLAVE: *violencia intracarcelaria; injusticia epistémica; víctimas.*

SUMMARY: Introduction; I. Analytic context: 1. Epistemic injustice, 2. Contributory injustice, epistemic oppression and epistemic redlining; II. Results: 1. Methods, 2. Interviews with prisoners, 3. Interviews with prison officers; III. Discussion; Conclusions; References.

INTRODUCTION

In earlier works comparing data on prosecution and convictions for crimes committed inside and outside prisons, we found that the outcomes differ greatly between these groups, suggesting that prisoners suffer discrimination when it comes to the investigation of crimes where they are victims.⁵ Our figures show that in the case of homicides, physical or bodily harm and sexual crimes in prison, the results of the investigations have fewer judicial outcomes than when the same crimes are investigated outside prison. We also showed that the principle of discretionary prosecution (principle of opportunity)⁶ is used in a higher percentage of crimes within prisons. Regarding temporary filing,⁷ in the

⁵ See: STIPPEL, Jörg, MEDINA, Paula. *Discriminación en la persecución penal. Acerca de las diferencias entre delitos intracarcelarios y delitos cometidos fuera de prisión.*

⁶ Power granted by law to prosecutors not to initiate criminal prosecution or to abandon a prosecution already initiated, in respect of an act that does not seriously compromise the public interest, unless the minimum penalty assigned to the offence exceeds 540 days or it is an offence committed by a public official in the exercise of his or her functions.

⁷ VITAR explains that archiving operates when the background of a case does not allow an investigation to be conducted with a reasonable expectation of success. See: VITAR, Jorge. El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno. In: FUENTES, Claudio (org.) *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile.* Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. pp. 110-152, 2011. p. 114

prison context it doubles and sometimes triples its use in relation to its use outside prison. In comparison to criminal investigations conducted outside prisons, there is a considerably higher proportion of unsanctioned cases for crimes that are committed inside prisons.

These findings raise several additional questions. Some are ethical and deal with the legitimacy of the criminal justice system, while others raise doubts about possible injustice suffered by prisoners when they themselves are victims of violent crime. Nicola Lacey argues that the treatment of all on equal terms is “a litmus test of the justice of a criminal justice system”.⁸ In this article we will explain that a failure to respond to crimes carried out inside prisons are a threat to the overall legitimacy of the criminal justice system. Drawing on the idea of Lacey, the unjust disadvantages for those in prison are damaging to the perceived legitimacy of the system.

They are also, “corrosive of the state’s normative claim to legitimate authority.”⁹ Thus we understand a failure to respond to the crimes committed in prison, as a dangerous threat to the overall legitimacy of the correction and criminal justice system.

Our study analyses the possible reasons behind the outcomes of investigation into violent crime inside Chilean prisons. We want to know: if and how the concept of epistemic injustice, as developed by Miranda Fricker, helps to understand the way violent crime is being dealt with when the victim is incarcerated?

Our hypothesis is that epistemic injustice is just a symptom of a wider problem. We assume that the treatment of victims of violent crime inside prison has structural rather than interpersonal explanations.

To make our point, we ask if prisoners who have suffered violent crime inside a Chilean prison are victims of epistemic injustice. Thus, we want to find out if those prisoners are diminished in their credibility (or capacity as knowers) because of some lack of testimonial sensibility of the perceiver, in our case the correction officers? Or could we argue

⁸ LACEY, Nicola. Criminal Justice and Social (In)Justice, *International Inequalities Institute Working Papers* (84). London School of Economics and Political Science, London, UK, p. 5.

⁹ Ibidem.

that victims of violent crime inside prison are unfairly disadvantaged in their capacity to make sense of their experience to themselves or to the investigating authorities, specifically prison officers?

We use data from a series of semi-structured interviews with prisoners and prison officers (40 interviews in total) in which we explore the dynamics of the decision to report crime committed inside prisons and the role of different institutions involved in the investigation of these crimes from the perspective and experience of the interviewees.

The first chapter contains the analytic context of our research, where we also clarify the terminology in use. The second chapter presents the analysis of semi-structured interviews and surveys. We then discuss the implications of our findings in the third chapter and provide some conclusions at the end.

I. ANALYTIC CONTEXT

1. EPISTEMIC INJUSTICE

At a first sight, it seems convincing that prisoners can easily be victims of what has been discussed under the terms of epistemic injustice. But we need to define more precisely the concept to be able to understand its implications.

Eve Hanan explains that epistemic injustice is a new area of political philosophy that deals with “how knowledge production is damaged by excluding or discrediting the speech of certain social groups.”¹⁰ Miranda Fricker, who coined the term, distinguishes two forms of epistemic injustice: testimonial and hermeneutical injustice.

A. TESTIMONIAL INJUSTICE

Fricker argues that somebody suffers testimonial injustice when the level of credibility attributed to his or her word “is reduced

¹⁰ HANAN, M. *Eve. Invisible Prisons*, p. 1214.

by prejudice¹¹ operative in the hearer’s judgement.” She advises that “testimonial injustice not only blocks the flow of knowledge, it also blocks the flow of evidence, doubts, critical ideas and other epistemic inputs that are conducive to knowledge”¹². As an effect, “hermeneutical marginalization” might be created or increased. Fricker understands this to be the “epistemic damage” caused by testimonial injustice.¹³

At this point, it is important to note that Fricker refers to prejudice, not to a willful misunderstanding.

Eve Hanan explains that, prisoners are a group, “against whom identity prejudice is at work”. She argues referring to several rules that show, in the case of the US, how general sentiments that prisoners (“convicts”) are untrustworthy are in place.¹⁴ José Medina shares a similar view, applying the concept of “agential epistemic injustice” to the case of detained subjects. He argues that they suffer a special form of agential epistemic injustice he termed “epistemic neglect”. Medina explains that this form of undermining epistemic agency emerges “when a subject’s epistemic agency becomes negligible because the epistemic significance of the subject’s contributions is unfairly diminished or rendered ineffectual by being given defective uptake or no uptake at all.”¹⁵

As a strategy to confront testimonial injustice, Fricker asks “What sort of critical awareness is needed for a hearer to be able to correct for identity prejudice in a given credibility judgement?”¹⁶ Her answer to this question refers to the role of the social positions or identities of the parties involved, thus, the hearer of the claims has to be

¹¹ Doan argues that: “While prejudice is surely one ‘ethical poison’ from which epistemic injustice can be derived, it is certainly not the only or most important one.” In: DOAN, Michael. *Epistemic Injustice and epistemic redlining*, p. 11.

¹² FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice and The Preservation of Ignorance*. In: PEELS, Rilks, BLAAUW, Martijn (org.). *The Epistemic Dimensions of Ignorance*. Sheffield: Cambridge University Press, 2016, p. 3.

¹³ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴ HANAN, M. Eve. *Invisible Prisons*, p. 1215.

¹⁵ MEDINA, José. *Agential Epistemic Injustice and Collective Epistemic Resistance in the Criminal Justice System*. *Social Epistemology*, v. 35, n. 2, 2021. p. 3.

¹⁶ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 90

aware not only of the place of the speaker (in our case, the victim who happens to be a person deprived of liberty) but also of their position and how this will have an impact on their capacity to address or judge the credibility of certain accounts or narratives (in this case, how plausible it is that someone who is in prison could be a victim of crime themselves). The ideal is a hearer able to neutralize “the impact of prejudice in her credibility judgements”.¹⁷

We will try to establish if prisoners who have become victims of violent crime, are seen as lacking in credibility by operators of the criminal justice system particularly by prison officers. Further on, we will also discuss if Fricker’s “remedy” to testimonial injustice would be applicable.

B. HERMENEUTICAL INJUSTICE

On the other hand, the English philosopher understands hermeneutical injustice to be “a purely structural phenomenon with no individual perpetrator”.¹⁸ She proposes to differentiate two sorts of hermeneutical injustice. One she refers to as the “radical case”. Here “the person concerned is at least temporarily unable to make full sense of her own experience even to herself.” The second form of hermeneutical injustice is described as moderate and considers the cases in which persons are able to understand their experience and also can share it with other people belonging to their social group but they still lack of the ability to communicate it further or “render it intelligible across social space to some significant social other to whom she needs to convey it”.¹⁹ As to Fricker both, hermeneutical injustice, like testimonial injustice, are “typically a face of oppression” as they tend “to preserve ignorance that serves the interests of dominant groups.”²⁰

¹⁷ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 91.

¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹ *Ibidem*, p. 6.

²⁰ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice and The Preservation of Ignorance*. In: PEELS, Rilks, BLAAUW, Martijn (org.). *The Epistemic Dimensions of Ignorance*. Sheffield: Cambridge University Press, 2016, p. 19.

The ideas of the American philosopher Iris Young can enhance the previously mentioned theories. She states that oppression itself is a “condition of groups”.²¹ She understands social groups to be a “collective of persons differentiated from at least one other group by cultural forms, practices, or ways of life.”²² This highlights that the main characteristic of social groups is the sense of identity that they share rather than other attributes that they may have in common.²³ From this point of view, Young understands oppression to be structural “rather than the result of a few people’s choices or policies”²⁴ and the causes of oppression are, therefore, invisible for the many, because they are rooted in a set of social and symbolic rules expressed in habits and assumptions that shape the ways in which institutions work and the ways in which society solves conflicts through setting certain consequences for abiding by or breaking rules.²⁵

Prisoners fit well under Young’s definition of social group. Due to imprisonment, their way of life is at least very different to the one of prison officers. Applying the idea of hermeneutical injustice to our case, we are interested in if victims of violent crime in Chilean prisons are unable to make sense of their own experiences. This would be the “radical case”. Looking for the “more moderate sort of case” of hermeneutical injustice we need to check if the victims of violent crime in prison understand that they are victims and can communicate this knowledge to other inmates, but are unable to have prison officers, prosecutors or other relevant actors to understand that they are victims of crime and need the same kind of answer from the justice system that someone out of prison would receive. In this last case, they would suffer from agential epistemic injustice, in the specific form of epistemic neglect.

²¹ YOUNG, Iris Marion. *Five Faces of Oppression* (Chapter 2). In: YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 2012. p. 39-65, p. 40.

²² *Ibidem*, p. 43.

²³ *Ibidem*, p. 44.

²⁴ *Ibidem*, p. 41.

²⁵ YOUNG, Iris Marion. *Five Faces of Oppression* (Chapter 2). In: YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 2012. p. 39-65, p. 41.

2. CONTRIBUTORY INJUSTICE, EPISTEMIC OPPRESSION AND EPISTEMIC REDLINING

Thanks to the insights of Kristie Dotson and Michael Doan we count on some additional concepts for our analysis.

A. CONTRIBUTORY INJUSTICE AND EPISTEMIC OPPRESSION

Kristie Dotson introduces, what she calls, a third form of epistemic injustice: “contributory injustice”. She explains that “contributory injustice is caused by an epistemic agent’s situated ignorance, in the form of willful hermeneutical ignorance, in maintaining and utilizing structurally prejudiced hermeneutical resources that result in epistemic harm to the epistemic agency of a knower.”²⁶ The elements that shape contributory justice according to this author are “the structurally prejudiced or biased hermeneutical resources and the agent’s situated ignorance”, in a situation that combines individuals’ agency and structural factors to contribute to maintain (or even perpetuate) epistemic injustice for certain groups.²⁷

Dotson argues that “*situated ignorance*” follows from “the social position and/or epistemic location of the person,” which works to “institute epistemic differences, while obscuring those same differences”.²⁸ Her point is that “there is always more than one set of hermeneutical resources available.”²⁹ This finding leads her to dissent with Fricker’s view. As to Dotson, concerning hermeneutical injustice “credibility is no longer the site of epistemic injustice”. She argues that “the socioepistemic structures that create and sustain situated hermeneutical inequality are the problem”.³⁰

Dotson understand all three different forms of epistemic injustice discussed thus far (testimonial, hermeneutical and contributory) as forms

²⁶ DOTSON, Kristie. A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, v. 33, n. 1, p. 24–47, 2012, p. 31.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ DOTSON, Kristie. A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, v. 33, n. 1, p. 24–47, 2012, p. 31.

³⁰ Ibidem, p. 30.

of epistemic oppression that result in exclusion of certain groups from knowledge production, perpetuating negative consequences for them.³¹ One of the main consequences of epistemic exclusion is the damage to epistemic agency of individuals or knowers, diminishing their chances to take part fully in certain “epistemic communities”.³² Contrary to Fricker, Dotson sees epistemic oppression as a “multifaceted oppression that cannot be addressed by any one particular countermeasure”³³ due to its structural nature.

For our analysis it is important to underline the idea of willful hermeneutical ignorance and consider the possibility of structural perpetuation of epistemic injustice. Victims of violent crime inside prison could not be heard because of willful hermeneutical ignorance of prison officers that has them utilizing structurally prejudiced hermeneutical resources.

B. EPISTEMIC REDLINING

Another American philosopher, Michael Doan, finds that his colleagues “have been unduly focused on “culprit-based” forms of epistemic injustice”.³⁴ This focus, he argues, tends to preclude discussion of structural varieties.³⁵ Doan introduced the concept of “epistemic redlining” defined as a “form of group-based credibility discounting not readily countenanced by existing, ‘culprit-based’ accounts of epistemic injustice”.³⁶ In this line, Doan argues that “such discounting tends to have structural causes that can be difficult to identify and uproot”.³⁷ This author maintains that epistemic redlining³⁸ shall be understood as

³¹ Ibidem, p. 36.

³² Ibidem, p. 24.

³³ Ibidem, p. 36.

³⁴ DOAN, Michael. Resisting Structural Epistemic Injustice. *Feminist Philosophy Quarterly*, v. 4, n. 4, 2018, p. 3.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p. 1.

³⁷ Ibidem, p. 11.

³⁸ In DOAN, Michael. Epistemic Injustice and epistemic redlining, p. 6 the author explains that he “borrow the name from a term coined by sociologist and community activist John McKnight in the late 1960s.” He explains that “The

a form of epistemic injustice even though it is not necessarily linked to prejudice and cannot be corrected by measures taken at individual level.³⁹

Doan criticizes Fricker's point of view on epistemic justice, arguing that she conceives "epistemic injustice in individualistic terms".⁴⁰ Thus her theory draws "attention away from social relations and institutions that subordinate people and groups on epistemic grounds, precluding consideration of efforts to redress what are arguably more fundamental wrongs."⁴¹ He also finds that "Fricker inspired theories" sidestep "some crucial questions of power and authority, and thereby fail to do justice to the complexities of epistemic relations—complexities that only come fully into view when considered from below."⁴²

The Canadian philosopher Rebecca Mason adds an additional element to these complexities. She points out that knowledge practices are crucially affected by "what is in our interests to know and what is in our interests to ignore". Thus, she argues, this relation "cannot be explained by conventional epistemological frameworks." As Mason this insight also shows "how the interests of others, in particular powerful or dominant groups, can limit or occlude knowledge production and transmission by powerless or marginalized groups."⁴³ The philosopher then differentiates between two kinds of unknowing. The first affects members of non-dominant social groups "by virtue of their systematic hermeneutical marginalization".⁴⁴ This assumption would also fit under Medina's description of "epistemic neglect". The second form of unknowing Mason identifies, is characteristic for members of dominant

practice is called 'redlining' because it literally involves drawing red lines on maps to delineate areas where banks will refuse to invest; meanwhile, green, yellow, and orange lines are drawn around neighborhoods whose residents are deemed to be of higher economic value."

³⁹ DOAN, Michael. Resisting Structural Epistemic Injustice. *Feminist Philosophy Quarterly*, v. 4, n. 4, 2018, p. 3.

⁴⁰ Ibidem, p. 11ff.

⁴¹ DOAN, Michael. Epistemic Injustice and epistemic redlining. *Ethics and Social Welfare*, v. 11, n. 2, 2017, p. 11-12.

⁴² Ibidem, p. 11.

⁴³ MASON, Rebecca. Two Types of Unknowing. *Epistemic Justice, Ignorance, and Procedural Objectivity*, v. 26, n. 2, 2011, p. 294.

⁴⁴ Ibidem, p. 295.

groups “by virtue of their ethically bad knowledge practices.”⁴⁵ In the last scenario members of these groups could have knowledge, but do not want to, they consciously ignore certain information (that doesn’t fit with their worldview). Here we find similarities to Doan’s argument on epistemic redlining.

Doan proposes that epistemic injustice “ought to be understood as rooted in the oppressive and dysfunctional epistemic norms undergirding actual communities and institutions”.⁴⁶ In order to resist structural epistemic injustice, he wants to examine “epistemic assumptions undergirding legislation”⁴⁷. Doan argues that these assumptions are “gradually legitimized and normalized through the practices allowed by specific laws, and by the political distinctions these laws enact.”⁴⁸

The implications of Doan’s theories are that in order to understand the epistemic situation of victims of crime inside prisons, other factors will need to be considered including legislation, vested interests, power relations and authority. This implies that epistemic injustice is rooted in the oppressive and dysfunctional norms that are undergirding the prison.

In the rest of our paper, we will use these theories to understand and describe the reality of the Chilean prison system, and particular its victims of violent crime.

II. RESULTS

1. METHODS

The source of our results are 40 interviews with prisoners (22 cases) and prison officers (18 interviews). The interviews followed a semi- structured guideline that was prepared in advance. The interviews were conducted between January and October 2022, in six prisons across

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ DOAN, Michael. Resisting Structural Epistemic Injustice. *Feminist Philosophy Quarterly*, v. 4, n. 4, 2018, p. 15.

⁴⁷ Ibidem, p. 16.

⁴⁸ Ibidem.

different regions of the country (covering northern, central and southern regions, as well as the Metropolitan Region of Santiago)

Our research project is guided by a desire to improve our understanding of the main elements behind the differences in the way that different practitioners within the criminal justice system approach dealing with crime that is committed inside prisons. We approached this question using mixed methods, including revision of secondary sources (statistics provided by the Public Prosecutor Office and the Prison Service, official documents and legislation), conducting a survey for prisoners and prison officers and a series of qualitative interviews. In this article we present findings from the qualitative section of the study.

The qualitative part of the study consisted of a series of semi-structured interviews with people in prison, prison officers, prison authorities and stakeholders, policy makers and practitioners from the Chilean criminal justice system. In this article we present the analysis of 22 interviews with prisoners and 18 interviews with prison officers. The study follows a purposeful sampling strategy, which has been defined as “strategically selecting information-rich cases to study, cases that by their nature and substance will illuminate the inquiry question being investigated”⁴⁹. Thus, we sought information-rich cases from different carceral contexts considering aspects as⁵⁰ prison size, geographical location and conflict levels according some key indicators related to violence. The number of interviews was adjusted as information was collected and early patterns emerged from the data in order to find cases that allow testing initial ideas taken from the literature and expand the understanding of local or particular experiences described by interviewees in an iterative process seeking additional data based on findings as they emerge during data gathering itself.

⁴⁹ PATTON, Michael. *Qualitative research & evaluation methods: integrating theory and practice*, p. 402.

⁵⁰ The variables considered were: geographic zone (the north, center and Metropolitan area and the South of the country); prison population (including small, medium and big prisons); rates of death due to physical harm per 1000 prisoners (below and over national average) and statistics about crimes committed in prison reported to the Public Prosecutor. Also women’s prisons were included in the sample.

All the interviews were conducted under explicit consent and all interviewees were informed they could withdraw at any time or skip any topics that they wanted. The research project was approved by Universidad Central's Ethics Committee on May 4th, 2021.

The analytic approach used was thematic analysis and the coding strategy was what Saldaña⁵¹ describes as eclectic, i.e., designed with enough flexibility to fit research questions and the purpose of the study. In practice, we coded the data from both, a deductive and inductive approach as we started from the themes given by the topics used in the interview guide, but expanded to new topics and concepts emerging from the accounts given by the participants. We follow that a “theme” refers to concepts discovered in the data that are meaningful for understanding the phenomenon of interest⁵². The information gathered has been triangulated as interviewees accounts has been cross checked within each group (prisoners and prison officers) and across different types of interviewees. NVivo software was used to analyze the interview data, which allows coding to be stored and shared between members of the research team for triangulation purposes.

2. INTERVIEWS WITH PRISONERS

A. *FEAR AS A MECHANISM THAT HINDERS KNOWLEDGE TRANSMISSION*

The “taboo of reporting crime” among inmates is deeply rooted and is common across the prison population⁵³. Anyone who breaks this tacit mandate faces sanctions and / or reprisals, the intensity of which are difficult to quantify, although testimonies abound to illustrate the effects.

⁵¹ SALDANA, Johnny. The coding manual for qualitative researchers, p. 188ff.

⁵² RYAN, Gery W. and BERNARD, H. Russell. Techniques to Identify Themes. Field Methods

⁵³ GARCÍA, Mercedes, QUESADA, Lucía. Violación sexual e impunidad en el sistema carcelario en Costa Rica, p. 33ff. Also see: KUBIAK, Sheryl Pimlott; BRENNER, Hannah; BYBEE, Deborah; CAMPBELL, Rebecca; FEDOCK, Gina. Reporting Sexual Research, p. 95ff.

Reprisals against those who do not adapt and transgress this norm are expressed, according to those interviewed, as follows: *“You know what prison is like! ...the one who snitches (sapea) goes to the box or to the hospital to touch the ground”*⁵⁴.

According to those interviewed, these practices are well known by the prison officers. They avoid interfering in the fights that take place inside the cell blocks, although they are attentive to those who require medical care, as one inmate affirms: *“Sometimes the fights are with sabers, daggers! They take you out to the courtyard, they take you out there and in a heartbeat, you are stabbed! And they (the officers) come looking for you... and (they ask) ‘Who did it?’ ‘I have no idea’...afterwards they get to know what happened anyway “*.⁵⁵

The “taboo of reporting” is therefore based on a prison culture that promotes a rudimentary system of conflict resolution, where it is forbidden to intervene and even less to appeal to rationality or justice, because the fear of reprisal from the other inmates is much greater, as one inmate points out: *“If you get involved in that mess, play blind, deaf and dumb! even if you have a guilty conscience. Because you’d still like to say “it was him”... but you can’t, because the prison system is cruel (like) the system in the street. Because I don’t know if I can be OK now, but I can get out of here at the same time they kill me”*.⁵⁶

Sometimes inmates are pressured to report crimes by prison officers, who try to obtain information about crimes within the prison, which gives them a difficult dilemma, especially if their survival inside the prison is at stake, as one interviewee recounted: *“...one tries to leave it between inmates, but suddenly, as you are surrounded by cameras, the official makes you declare that you should denounce your fellow inmate because if it is not you it will be someone else and someone else will be harmed, then you have to inform the relatives, the prison officers, ask for explanations and the whole story”*⁵⁷. Even so, and despite the pressure and the risk, prisoners will generally prefer not to report an incident (taboo of reporting), according

⁵⁴ Interviewee #26

⁵⁵ Interviewee #26

⁵⁶ Interviewee #41

⁵⁷ Interviewee #42

to the same interviewee: “*you don’t do that, it’s part of my codes that you can’t go around snitching, you can’t go around... that’s like going too low*”⁵⁸. The general rule is silence, rather than ignorance.

This fear of reporting crime is maintained by the control that the inmates themselves exercise over others, especially the newer inmates who arrive at a yard or a block, who are subjected - in a certain way - to an “induction” where they must learn the expected codes and behavior’s, especially those linked to silence in the face of violence between prisoners, as one inmate interviewed pointed out: “*What they (the officers) know is that if something happens in the yard, that we knew there was something there and they come straight there [...] it’s because someone from inside the yard, from the people we know, said something! And that’s why we are the ones we are, and those who come in, new ones from other yards, we interrogate them and we all keep an eye on them... Until he adapts...*”⁵⁹

Reprisals can also come from prison officers. According to the inmates interviewed, this would happen in cases when a prisoner decides to report or draw attention to some situations that compromises the officials, there would be the possibility of consequences against them: “*(better not) to talk about anything else, because... it costs a lot! It can lead to very serious problems, it can affect you because the officials don’t like to be talked about... an official here finds out about something, they’re going to have you touch ground, it doesn’t cost an official anything to come up and leave a ball of marijuana under your pillow... There have been cases, I’ve seen it, I’ve experienced it!*”⁶⁰.

This is aggravated when the inmates take their complaints to human rights lawyers. They are likely to annoy the prison officials, who may try to put pressure on the person to drop the complaint. This pressure is exercised by what they call “*correr leña*”.⁶¹ Another way to pressurize prisoners can be to transfer those involved in reports to another facility. According to one of the inmates interviewed: “*When there are beatings of*

⁵⁸ Interviewee #42

⁵⁹ Interviewee #27

⁶⁰ Interviewee #34

⁶¹ Meaning that prisoners get bashed with batons for misbehaving by breaking internal codes.

inmates and the inmates go to the Human Rights [lawyers or organisations] and (report) the official so much, there they say 'hey talk to this one, tell him he has to withdraw the complaint, that he is not so cool' and there one has to intercede 'hey stop the show because they are going to keep taking revenge with all of us, they will keep beating the module until they give up the complaints some and those who persist the most some of them do well, some don't make it to a good end, for example, they sentenced a "comrade" and the captain told him 'no, you're no good to me here, I need to get you tickets to Valdivia or Puerto Montt' because he was very rebel"⁶².

Thus, prisoners fear reporting violent crime because of the strong possibility to suffer reprisals from other inmates or prison guards. Inside prison, maintaining silence about violent crime becomes a survival strategy. The problem here is not a lack of knowledge but of sharing it.

B. THE CHALLENGE OF COMMUNICATION

Reporting a violent crime within the prison is also a complex matter for an inmate. It is a challenge of communication.

For some inmates, a space to share knowledge about crimes is provided by human rights lawyers (from the National Institute for Human Rights) who visit the prisons on a regular basis. Nevertheless, many inmates are not very clear about the role these lawyers play, nor do they resort to them on a regular basis, as one inmate states: *"Yes, I believe that (these lawyers) are there to protect us, to talk to us... no, so far I have not (seen them), I only know that down there that there are human rights so that if something happens to us, it is possible to use them..."*⁶³ Another inmate said that he would turn to these lawyers, even on extreme occasions, either directly or indirectly through people he trusted, especially if it was an abuse committed by a prison officer: *"Yes, well, I would report it! At least I would shout, 'I'm going crazy! He dragged me! But I doubt it will happen! because I am calm, I'm light, but one of those... I'd still talk to who?"*

⁶² Interviewee #46

⁶³ Interviewee #22

*who would I send to call or what?...I have a friend, who can also tell her family and her family can send the human rights people... “.*⁶⁴.

This difficulty of communicating crime to the outside world, is negatively reinforced by the inmates’ lack of trust in prison officers. Thus, their knowledge gets no uptake due to particularities of prison subculture.

In a few cases, a sort of “indirect reporting” is mentioned. As a prisoner said: *“just as I say, (that the event) is something excessive and they take me to the hospital and ask me ‘what happened to you’? This is when I tell them. Me going to complain to the official? Not in a million years! Because you know why? because in my country, the worst thing you can do is being a snitch, that’s the worst thing! I am an enemy of this.”*⁶⁵ Another prisoner puts it like this: *“Even the officials have tried their luck with me, because all of a sudden I told them such and such, and the truth is that I knew that they know that you know, but I’m not even there (to talk)!”*⁶⁶

Thus, there is a lack of appropriate and effective communication channels. Knowledge about violent crime is often not shared, because there is nobody listening or because the person who should listen is mistrusted.

C. EPISTEMIC NEGLECT

In addition to the issues highlighted above, prisoners can find a problem of credibility, with their testimony not being believed, particularly if it contradicts that of a prison officer.

The prisoners are aware that their testimony, in the eyes of the institutions, lacks weight if it is contrasted with that of the prison officer. This is especially likely if an officer has committed an abuse or crime against an inmate. In this way, they perceive that their complaints will not be believed, as one inmate pointed out: *“The same thing you were asking me: if something happens to you here with a prison officer, who’s going to win? You see, I don’t get anything out of telling him that ‘nothing has ever*

⁶⁴ Interviewee #27

⁶⁵ Interviewee #27

⁶⁶ Interviewee #27.

happened to me!"⁶⁷. Another inmate, for his part, saw the situation in a very similar way when faced with the same situation of an asymmetry of power, stating the following: *"Look, I'm not going to go to court for that, I'm not going to report anyone... because here if you report an officer, they take you to court, they walk you around the park and put 3 or 4 witnesses, the same officers! And where is the prisoner's word? And I spend money on a lawyer! It's money wasted! So it's better to keep quiet and carry on with the day to day"*.⁶⁸

Inmates prefer to remain silent, as they assume they have no chance of their complaint being dealt with. We could follow that there is a type of agential epistemic injustice or "epistemic neglect" in the terms of Medina.

D. HERMENEUTICAL INJUSTICE

In addition to the problem of credibility, there is a general lack of knowledge of the rights of those who enter prison. One of the interviewees, in fact, stated that he was unaware of the possibility of reporting - with the exception of extreme cases, such as an aggression in a fight - and how to do so, which demonstrates a lack of information about the individual security guarantees of the inmate and the instances where such rights can be demanded: *"I don't think I even knew that it was possible to report! You are just telling me that you can report it if something happens to me here!... I knew that there are many complaints, but in the aspect of a fight or things like that... in reality it would have to be something very serious for me to take action in the matter! because I am from the street, I have a different mentality, do you understand me? That you have to keep quiet... I think that's like a law of the street"*.⁶⁹

The consistent nature of the prisoners testimonies demonstrate that "a law of the street" inside prison is a typical face of oppression, where the ignorance serves the interest of the prison administration (as they do not have to intervene). We could also understand the lack of

⁶⁷ Interviewee #23

⁶⁸ Interviewee #34

⁶⁹ Interviewee #27

knowledge as a radical case of hermeneutical injustice in Frickers sense, this because the prisoner is at least temporary unable to make full sense of their own experience even to themselves.

Overall, the lack of credibility given to the word of prisoners, together with their ignorance and the apparently scarce dissemination of the rights they have, generate a highly effective mixture that discourages any type of complaint.

E. DYNAMIC OF SECRECY TO PRESERVE INTERESTS OF DOMINANT GROUPS

There is also a dynamic of secrecy inspired by professional interests or corruption pushed by prison officials that hinders sharing knowledge about violent crime.

The existence of ambiguous relations between the two groups can be seen, as there are inmates who co-opt officers to be their partners (“postmen”), bringing in and transporting drugs or other valuable things inside the prison, functional to the most powerful prisoners. Officers will have little chance of ending their participation, and will face a high risk of losing their job as well as a danger to their safety. As one prisoner interviewed points out: *“because this paco is with me... yeah, you’re my courier, I’m paying you to bring the drugs in, it’s just the two of us! Do I find out that you’re going somewhere else? I’ll kill you! I don’t lose anything because I’m going to stay... I’m in jail, nothing to do with me! Because if you want a paco for yourself, it’s just for you, not [working] for me and then go and work with someone else...”*⁷⁰. In the event that the prison officer decides to change his “partner” or betray his fellow trafficker, he exposes himself to the inmate’s reporting him or her, a situation that is somewhat *sui generis* in the sense that the inmates perceive it as having no negative impact on them, but a high cost for the accused officer: *“I want you to go and get this for me, I want you to bring it to me in the afternoon... and here I give you other coins, but nobody has to know about it! ...Until something happens to you, then you scream... because sometimes they do something to you just for the sake of doing something to you! For nothing... there it’s ‘look*

⁷⁰ Interviewee #26

*what you did to me, now it's my turn' 'take my lieutenant! Look at all this is what this man is doing here in this courtyard.'*⁷¹.

This inevitably leads to the opening of a disciplinary procedure or, an investigation by the Public Prosecutor's Office against the prison guard involved. It is, therefore, a type of complaint that has nothing to do with punishment or aggression against inmates, but on the contrary, aims to punish the officer who is guarding them, becoming corrupt and who has not submitted to their codes. It is, ultimately, a form of revenge for the treatment they receive inside the prison, according to inmates: *"Obviously...! He's going to get out... even if he's still in prison, but it doesn't matter... later you catch him in the street! In the street they walk around with their hands in their pockets, the cops! Because here they do everything they can to you! But in the street, when you see them and they see you, the shins go out of their socks!"*⁷²

Thus, we see how knowledge production can be hindered by powerful and dominant groups. In our case the dominance derives from an institutional design of control that is not relying on predictability created by law, but rather on arbitrary power and corruption. If specific knowledge on violent crime is not in the interests of the dominant groups, it will not be shared.

2. INTERVIEWS WITH PRISON OFFICERS

A. DIFFERENT EPISTEMIC REALITY

When we look into prison officers' views on crimes or misconduct committed in prisons, we find that their accounts are blind to the reality of victims of violent crime.

Officially, all crimes committed in prison either by prisoners or prison staff should be reported. This requirement is clear in the discourse of officers interviewed, even though in their opinions in certain occasions officers may not fulfil their legal duty: *"we have the obligation to report*

⁷¹ Interviewee #26

⁷² Interviewee #26

all criminal offences. We do not turn a blind eye to issues that constitute a crime because, in the end, it could be that we are committing a crime in our capacity as civil servants. So, there are no difficulties for us reporting crime, unless, I don't know, an officer might, for example, turn a blind eye to some situation"⁷³.

Although the officers interviewed affirm that supposedly all crimes committed within prisons are reported, at the same time they recognize that there are difficulties in carrying out this task, sometimes making it impossible, as one official points out: *"no [crime situation] is left unreported, because they are all recorded on camera - all of them! Unless they are in a place where the cameras cannot reach, but they are also reported! not with individuated inmates, but it is reported that an (unspecified) inmate suffered an aggression"*.⁷⁴ Thus, a certain level of error is recognized by the officers when it comes to reporting crimes committed in prison due to omission or neglect or because of lack of evidence related to deficiencies in surveillance.

The interviewees criticize that - although attempts are made to report everything that constitutes a crime inside the prison as far as possible - many of these complaints end up being shelved by the Public Prosecutor's Office. Officers explain this by stating that certain less serious situations, especially those that are not related to violence or deaths of inmates, such as drug trafficking, are underestimated, according to one prison guard: *"I don't think the prosecutor's office pays much attention to an inmate who was seen with 0.5g of marijuana... here it is reported quite often that inmates arrive with a small amount of marijuana. I don't think that a case of a death or an assault resulting in death will be filed"*.⁷⁵

Prison officers are aware that assaults are carried out in places with little or no surveillance known by prisoners (specially CCTV blind spots). The problems to collect evidence in cases of violent crimes are mentioned by prison officers as something that impacts directly on the chances of achieving a successful investigation. According to an official interviewed: *"The inmate knows (where) there are no cameras and generally*

⁷³ Interviewee #29

⁷⁴ Interviewee #33

⁷⁵ Interviewee #39

when the inmate is injured, he presents himself at the access gate and tells the official ‘they stabbed me in the back’ or ‘they threw a blanket over my face, they stabbed me and I don’t know who it was’ and the (inmate), (even) knowing that he is not going to denounce who it was who assaulted him”.⁷⁶ In the end, this means that the Prosecutor’s Office is unable to carry out an effective investigation, as it does not have the means to determine what happened and find the culprits. The same interviewee indicates that “this is why crimes are often shelved, because more years are added to the inmate’s sentence if it can be proved that this person assaulted the inmate, so when there is no support...the inmates do not testify and there is no way to corroborate (the fact)...now if the victim is (captured on camera) and he reports that this inmate assaulted him, there is nothing to do and it is more than enough evidence for the Prosecution to prove it”⁷⁷.

Many prison officers we spoke to view the use of CCTV as the best way to address violent crime in prison. Can we count these testimonies as misinterpretation, evasion, or self-deception? We rather understand it as a type of situated ignorance that leads to contributory injustice.

B. ETHICALLY BAD KNOWLEDGE PRACTICES

We can also identify what Mason has defined as “ethically bad knowledge practices” in the accounts given by prison officers.

Prison officers explain that one of the main reasons behind prisoners being reluctant to report fellow inmates that commit crimes inside prison are the reprisals taken against them by the offenders, added to the stigma of being a snitch and lower their place in the prison’s hierarchy, as one official commented: “many facts are not reported within the prison units! mainly out of fear, for fear of reprisals, for being labelled as snitch (sapo)”⁷⁸. The officers also know that this sanction is not only limited to the social aspect, to a lack of recognition among their peers, but is also associated with physical punishment, those who report a crime will inevitably face some kind of punishment or even torture, as one

⁷⁶ Interviewee #43

⁷⁷ Interviewee #43

⁷⁸ Interviewee #4

of the prison officers points out: “*[if they report a crime] the same thing would happen to them! They would be snitches... so these are prison codes that are frowned upon if not followed and would bring more problems, more problems for them!*”⁷⁹. Such problems are, directly, aggressions that can end in death, as one official states, “*for them [to report a crime] is a fault and this can culminate in assault and even death*”⁸⁰.

For prison officers these practices might create a problem, since refusing to report a crime makes it impossible to continue with the procedure, which in turn implies informing the prosecutor about the suspected offence. This is more complicated, especially among first time in prison inmates, who have difficulties identifying those who threaten them - “*they throw them out*”⁸¹ in prison parlance - so that the procedure that the institution tries to carry out, lacking evidence, ends in nothing: “*If there is no hard evidence, practically, it is impossible, I would call the prosecutor and you as prosecutor will ask me “who is the inmate who is threatening you?” ...I imagine that they are not going to create a case number to investigate something especially if the inmate doesn’t know who is threatening him*”.⁸² The criminal case is therefore often dismissed, even when the inmate is willing to break the internal code and ask for help from prison officers.

From the perspective of prison officers, prison (sub)culture is not only limited to the “taboo of reporting” of crimes committed between prisoners, but encompasses several other dimensions, including the use of a different language and different ways of thinking and doing things: “*there are codes, their internal laws that they keep, so they respect those laws by the book! Here inside the prison unit...they live like in an underworld, with their different rules, different ways of living from those of the street that we all have...(it is) their prison subculture, which ranges from daily customs to their own language!*”⁸³ Another prison officer states more succinctly that:

⁷⁹ Interviewee #33

⁸⁰ Interviewee #43

⁸¹ This term refers to situations in which prisoners do not admit a new entrance in their module or cell and expulse them out of the place.

⁸² Interviewee #43

⁸³ Interviewee #33

“(prison) is an underworld because they have other beliefs, other codes, other values, many times there are crimes inside... and because of the code they have, they do not declare who the aggressor was, which prevents the crime from being investigated in a good way”⁸⁴.

Prison officers identify themselves as belonging to a different social group with *“other beliefs, other codes, other values”*. There is a sense of otherness when they describe situations, behaviors and group dynamics of prisoners, there is a repeated use of *“they”* in contrast with *“us”* where prisoners appear to belong to a marginalized group that can be coerced into keep silence when they witness or suffer violent crimes. Prison officers, know about the coercion (they eloquently describe reprisals suffered by persons who report crime) but do not consider strategies on how to overcome the problem. Thus, they know about the crimes and about the difficulty to investigate them, they are even conscious of the various ways of hindering the shared knowledge about this situation, but in many instances, they fail to act. We could imply that they could get more information and act in a different way if they wanted to but it seems to be easier not to get involved with the problems of this other group of people.

C. DYNAMIC OF SECRECY TO PRESERVE INTERESTS OF DOMINANT GROUPS

Reporting crimes committed by prison officers or other prison staff is also very rare, not necessarily due to the *“taboo of reporting”* but because those officers linked to inmates in carrying out illicit activities are seen by prisoners as allies or partners who allow the access to certain goods or other favors. One interviewee mentioned: *“[prisoners] do not report, that is quite uncommon... they do not report it formally, but some do collaborate by sharing information! Nobody is going to give their name to report to the Prosecutor’s Office that this [officer] is a [criminal]... no! because then he will go to court and... they can kill him afterwards!”⁸⁵*

These are, therefore, relationships based on convenience, or have an instrumental nature, which allow inmates to jump over certain prison

⁸⁴ Interviewee #43

⁸⁵ Interviewee #39

security fences and let them have access to prohibited elements (drugs, mobile phones, etc.) and for this reason the bond with the corrupt officer tends to be protected, so it is usual for inmates to “*take good care of them (the prison officers), the inmate who is involved with Sodexo⁸⁶ or a prison officer, takes good care of the supply route ‘that guy gets my mobile phones, so I have to look after him’*”.⁸⁷ It is an acknowledged fact among the prison officers themselves that there are corrupt officials who collaborate with inmates to commit crimes, which becomes an additional difficulty for crimes within prisons to come to light, according to one interviewee: “*(they do not report) events where officials are linked to acts of corruption and obviously, they prefer to omit the reports... Because, yes, there is corruption within the prison units and this is in plain sight and in the press*”⁸⁸.

In these cases, the information collected through interviews with prison officers confirm and complement the accounts by prisoners. There is a dynamic of secrecy inspired by the interests of correction officials that hinders the sharing of knowledge about violent crime.

D. EPISTEMIC NEGLECT

Analyzing the interviews with prison officers, allows us to identify cases of epistemic neglect. Here we can identify the lack of uptake or the defective uptake of reports of violent crime by the public prosecutor office.

Prison officers’ testimonies point to a series of difficulties in the process of reporting crimes committed in prison. One critical issue is how difficult is to make contact with the prosecutor of their jurisdiction in a timely manner. This generates two major problems: a) the lack of due diligence gathering evidence, which in most cases are carried out by the prison officers themselves under the instructions of the prosecutor, and b) unnecessary delays which jeopardize the investigation.

Regarding the first problem, the interviewees affirm that this is a serious situation, which can alter or derail the entire investigation process

⁸⁶ Sodexo is a French company who runs services in some semi-private prisons in Chile.

⁸⁷ Interviewee #39

⁸⁸ Interviewee #4

and with it, the complaint as such, as one interviewed official points out: *“I think that this [to have difficulty locating the prosecutor] is a tremendous flaw, because many times there are procedures that need guidance...and the prosecutor is the only one allowed to give this guidance, we also cannot take any initiative that later could be taken as invalid criminal evidence that could render without effect another procedure that is directed by a prosecutor⁸⁹”*. There is also a problem concerning the delay in contacting the Public Prosecutor’s Office as it is referred in this account by another prison officer: *“Generally, first contact is delayed and that is why we insist and insist, in situations that are sometimes very simple in fact, but in any case, we leave a record that the phone call was made to the prosecutor and that the call was not answered”⁹⁰*. In addition, there are officials who complain about the scarce availability of prosecutors, starting with those in the capital city: *“For all crimes [there is a lack of prosecutors], when I lived in Santiago there were not enough prosecutors, outside Santiago there is no even one available”⁹¹*. In this sense, it is important to note that the prison officers seek to fulfil their duty by leaving proof of their attempts to reach the prosecutor in order to notify him of crimes committed in prison, this is necessary as the seriousness of the events varies and the responsibility for them may also eventually be greater: *“When they are more serious situations, we insist, insist, insist, insist until they have to respond so we can receive some kind of instructions! because here the routine is already known! if it is a drug issue, we know what they are going to tell us...we still have to make the call because it is drugs!⁹²”*.

As well as the delays from the responsible prosecutor, public prosecutors can also be slow in progressing cases and this may be because the accused is confined to prison and so there is no chance to them getting away.: *“(The Public Prosecutor’s Office does not get more involved) because the inmate is in prison, knowing that he is not going to go anywhere and has time to play with that...they say ‘ah, yes, he is in prison and when is he*

⁸⁹ Interviewee #8

⁹⁰ Interviewee #11

⁹¹ Interviewee #44

⁹² Interviewee #11

going to serve his sentence? Ah, then next year, if I remember, I'll do it”.⁹³ As the same interviewee explains: *“if there were a prosecutor, such as the penitentiary defender, who was in charge of this, in less than a month he or she would be sentenced and charged with another crime”*⁹⁴.

We see how the epistemic agency of prisoners is diminished due to delays in the public prosecutors' actions. Those delays can be associated to the lack of epistemic significance assigned to the report of violent crime by prisoners. This defective uptake is again typical to what Medina calls epistemic neglect.

III. DISCUSSION

After analyzing the testimonies of prisoners and prison officers, we return to our initial question about to what extent the concept of epistemic justice, as developed by Miranda Fricker, can help us to understand the epistemic situation of victims of violent crime inside Chilean prisons.

We found that often there are prejudices at work when it comes to assessing the credibility of the testimonies of victims of violent crime inside prison. There is a reduction or denial of their epistemic authority, that leads to testimonial injustice as defined by Fricker. Nevertheless, this is not necessarily unintended. Narrations show that there is often a willful knowledge practice uninterested in listening which is often accompanied by a practice of silencing victims.

Another relevant finding from analyzing interviews is that at least some victims suffer hermeneutical injustice. Prisoners might not realize that “even” they can be victims that can report a violent crime, and in part this stance relates to the place that violence has in their lives as a normal way of dealing or solving with conflict. We also found that there are difficulties to communicate their experience to members of other social groups like prison officers or public prosecutors. Still the main problem is not that prisoners lack knowledge or appropriate concepts to articulate their experience. Inside prison fear appears to be the principal

⁹³ Interviewee #44

⁹⁴ Interviewee \$44

reason that hinders sharing knowledge amongst different social groups like prisoners and prison officers.

Thus, we find that Fricker's concept of epistemic injustice helps to bring insight into the subject of our study, nevertheless it is insufficient to understand the complex reality that victims of violent crime in prison face when they decide to report a crime (share their knowledge). We also consider that the idea of having a "virtues hearer" able to neutralize any prejudice when it comes to judge the credibility of prisoners reporting crime, does not help. An officer cannot overcome the mechanisms of silencing purely by his or her own reflective social awareness.

In the context of our study, we need additional elements to make sense of the reality victims of violent crime face inside prison.

Dotson's idea of epistemic oppression helps to get closer to this purpose. We find that there is a routinized and harmful exclusion of victims of violent crime committed in prison from knowledge production in criminal proceedings. Their testimonies are not heard in court, because these victims do not declare or end in retraction due to fear of reprisals inflicted by either fellow prisoners or officers. But rather than counterbalancing the inner prison code of silence for witness protection programs or other special measures designed to allow knowledge to be shared⁹⁵, prison officers utilize hermeneutical resources they know to be false. This hermeneutical ignorance causes harm to the victims of inner prison violence. An illustrative example of this harm would be the case of a victim of rape committed in prison that does not report this crime due to fear of additional violence and humiliation. If the prison officers do not look for ways on how to protect this victim before asking for his testimony, their situated ignorance then leads to contributory injustice that is not related to the credibility of the victim.

Nevertheless, it seems too easy just blaming prison officers for everything that goes wrong inside prison walls. That's why we agree with Michael Doan when he argues that "Fricker's theory of epistemic injustice

⁹⁵ The experience with the implementation of the Prison Rape Elimination Act in the US could provide helpful ideas. DUNTON, Craigh, SMITH, Hayden Patrick. The Prison Rape Elimination Act (PREA): Snitching, Sexuality, and Normalizing Deviance. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. p. 1-18, 2022.

obscures the necessity of engaging in struggles for epistemic recognition and self-determination in contexts of domination.”⁹⁶ In other words, to be able to properly share their knowledge and to gain the hermeneutical resources to make their knowledge intelligible to dominant groups, it will not be sufficient for prisoners to merely change their prison officers. Thus the root problem of epistemic injustices in the prison context is not the simple communicative act (micro intersubjective) amongst prisoners and state authorities.

Overcoming epistemic injustice in the context of incarceration requires tackling institutional, legal⁹⁷, and other structural elements. This difference to the idea of Fricker is not just a question of perspective. Epistemic injustice in prison contexts can simply not be overcome by addressing the causes identified by the English philosopher.

For the Chilean case, the structure of the prison administration has a key role, and the actions of individual officers are insignificant in comparison.

Luis Vergara argues that military rationale conditions prison staff. This former prison officer and lawyer argues that the rigidity of the military structure that characterizes prison administration in Chile, conditions the perception of the prison officers, placing them in an asymmetrical power relationship with respect to the prisoner, which seeks to dominate him or her through imposition.⁹⁸ As a result, prison officers conceive that there is a pre-eminence of security functions over those that seek to promote and protect the fundamental rights of incarcerated persons.⁹⁹

Hence, we can see the oppressive and dysfunctional epistemic norms undergirding prison administration and their legal framework, as one of the problems to be tackled. These norms are at the base of the credibility prejudices mentioned earlier drawing Michael Doan’s idea of epistemic redlining. It would be the “perceived legitimacy of specific conventions, laws, and institutions, and not just the stubbornness of those

⁹⁶ Doan, Michael. 2018. *Resisting Structural Epistemic Injustice*, p. 16.

⁹⁷ We discussed the necessity of legal reform see: STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM, 2013.

⁹⁸ VERGARA, Luis. Aproximación al fenómeno de la militarización en la cultura organizacional de Gendarmería de Chile. In: STIPPEL, Jörg, MEDINA, Paula (org.) *La No Ciudadanía. Sobre la exclusión legal y real de las personas en el sistema carcelario*. Valencia: Tirant Humanidades, 2023. p. 273.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 274.

who happen to be charged with implementing them, that is the principal source of epistemic inertia.”¹⁰⁰

From a slightly different perspective, the American philosopher Alison Bailey proposes to understand testimonial and hermeneutical injustice as “an expected epistemic by product of larger social and political systems”.¹⁰¹ She argues that we “can appeal to larger social and historical patterns to explain the cultural failure to believe people of color.”¹⁰² As example Bailey argues that “the historical branding and rebranding of women and men of color as thieves, delinquents, or criminals is what maintains their current credibility deficit: no one believes a crook.”¹⁰³

We can then understand the testimonial and hermeneutical injustice victims of violent crime suffer as an expected by-product of our social and political system. Culturally the idea of being in prison implies suffering, it is meant to be a punishment. Which then raises the question, about the legitimacy of the victim and the extent in which their claims should be heard when they are supposed to be punished. Paraphrasing Bailey: no one believes a prisoner that claims to be a victim. This disbelief is then based on extra-epistemic factors.

Furthermore, Argentine philosopher Moira Pérez argues that social epistemology has extensively demonstrated how “the neglect of social-historical factors that affect knowledge processes actually works to reproduce the mechanisms of exclusion that have historically placed certain subjects and collectives in an inferior position.”¹⁰⁴

Thus, if we just rely on Fricker’s idea of epistemic injustice in our analysis of the epistemic situation of victims of violence in prison, we may commit the error of neglecting social and historical factors. In that case, rather than supporting the cause of marginalized social groups, we may be helping to reproduce or refine the mechanisms of exclusion.

¹⁰⁰ Doan, Michael. 2018. “Resisting Structural Epistemic Injustice, p. 9.

¹⁰¹ BAILEY, Alison. *The Unlevel Knowing Field: An Engagement with Dotson’s Third-Order Epistemic Oppression*, p 64.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ PÉREZ, Moira. *Epistemic violence: reflections between the invisible and the ignorable*, p. 91.

CONCLUSIONS

When it comes to investigating and sanctioning violent crime committed inside prison, the Chilean justice system does not pass the litmus test of justice that Nicola Lacey refers to. There is no treatment on equal terms of these victims. Our interviews illustrate how this failure constitutes a danger or is eroding the overall legitimacy of prisons and maybe even the whole criminal justice system. In many circumstances, the rule of law can be overridden by the coercive and violent power relations.

Hence Fricker's concept of epistemic injustice is not very helpful when it comes to understand epistemic injustice suffered by victims of violent crime inside prison. It can be better understood in the terms of epistemic oppression used by Dotson as we are confronting a routine and harmful exclusion of a specific domain of knowledge production. Thus, it is not a question of whom to blame, but on how to change the underlying social relations and institutions that subordinate prisoners on epistemic grounds.

Our research also showed that prison officers and inmates do not rely on the same hermeneutical resources. They live in two different realities. Thus, Dotson is right that concerning hermeneutical injustice the problems are the "socioepistemic structures that create and sustain situated hermeneutical inequality"¹⁰⁵.

These problems cannot be addressed by one countermeasure as harvesting testimonial virtue as discussed by Fricker. It is a multifaceted problem that has structural roots and requires them all to be considered and addressed.

REFERENCES

BAILEY, Alison. The Unlevel Knowing Field: An Engagement with Dotson's Third-Order Epistemic Oppression. *Social Epistemology Review and Reply Collective*. Available in: <<https://ssrn.com/abstract=2798934>>. Access in: 6 Jan. 23.

¹⁰⁵ DOTSON, Kristie. A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, v. 33, n. 1, p. 24–47, 2012. P. 30.

CELIKATES, Robin. Epistemische Ungerechtigkeit, Loopfingereffekte und Ideologiekritik. Eine sozialphilosophische Perspektive. *WestEnd: Gefängnis und Armut: Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, n. 2, 2017.

COMISIONADO PARLAMENTARIO PENITENCIARIO. (2017). *Informe especial sobre muertes en custodia en 2016*. Uruguay. Available in: <<https://parlamento.gub.uy/cpp/documentos/informes-al-parlamento/87935>>. Access in: 6 Jan. 23.

DOAN, Michael. Epistemic Injustice and epistemic redlining. *Ethics and Social Welfare*, v. 11, n. 2, 2017. <https://doi.org/10.1080/17496535.2017.1293120>

DOAN, Michael. Resisting Structural Epistemic Injustice. *Feminist Philosophy Quarterly*, v. 4, n. 4, 2018. <https://doi.org/10.5206/fpq/2018.4.6230>

DOTSON, Kristie. A Cautionary Tale: On Limiting Epistemic Oppression. *Frontiers: A Journal of Women Studies*, v. 33, n. 1, p. 24–47, 2012. <https://doi.org/10.5250/fronjwomestud.33.1.0024>

DUNTON, Creag, SMITH, Hayden Patrick. The Prison Rape Elimination Act (PREA): Snitching, Sexuality, and Normalizing Deviance. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*. p. 1-18, 2022. <https://doi.org/10.1177/0306624X221113530>

FRICKER, Miranda. Epistemic Injustice and The Preservation of Ignorance (2016). In: *The Epistemic Dimensions of Ignorance*, eds. Rik Peels & Martijn Blaauw (Cambridge University Press 2016). Available in: <https://www.academia.edu/34721235/Epistemic_Injustice_and_The_Preservation_of_Ignorance>. Access in: 5 January 23. <https://doi.org/10.1017/9780511820076.010>

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power & the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2010.01098.x>

GARCÍA, Mercedes, QUESADA, Lucía. Violación sexual e impunidad en el sistema carcelario en Costa Rica, *Revista Humanitas*, Moravia, v. 11, n. 11, pp. 29-46, 2014. Available in: <<https://salutsexual.sidastudi.org/resources/inmagic-img/DD64374.pdf>>. Access in: 6 Jan. 23

HANAN, M. Eve. “Invisible Prisons” (2020). *Scholarly Works*. 1325. <<https://scholars.law.unlv.edu/facpub/1325>>. Access in: 05 Jan. 23

JUGOV, Tamara, Ypi, Lea. Structural Injustice, Epistemic Opacity and the Responsibilities of the Oppressed. *Journal of Social Philosophy*, London, v. 50, n. 1, p. 7-27, 2019. <https://doi.org/10.1111/josp.12268>

KUBIAK, Sheryl Pimlott; BRENNER, Hannah; BYBEE, Deborah; CAMPBELL, Rebecca Campbell; FEDOCK, Gina. Reporting Sexual Research Victimization During Incarceration: Using Ecological Theory as a Framework to Inform and Guide Future Research. *Trauma, Violence & Abuse*, v. 19, n. 1, 2018. Available in: <<https://www.jstor.org/stable/27010963>> Access in: 5 Jan. 23. <https://doi.org/10.1177/1524838016637078>

LACEY, Nicola. Criminal Justice and Social (In)Justice (2022). International Inequalities Institute Working Papers (84). London School of Economics and Political Science, London, UK. <https://eprints.lse.ac.uk/116949/1/Lacey_criminal_justice.pdf>. Access in: 05 Jan. 23. <https://doi.org/10.1002/9781405177245.ch24>

MASON, Rebecca. Two Types of Unknowing. *Epistemic Justice, Ignorance, and Procedural Objectivity*, v. 26, n. 2, 2011. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2011.01175.x>

MEDINA, José. Agential Epistemic Injustice and Collective Epistemic Resistance in the Criminal Justice System. *Social Epistemology*, v. 35, n. 2, 2021. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839594>

MILLS, Charles W. *The Racial Contract*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1997. Available in: <<http://www.jstor.org/stable/10.7591/j.ctt5hh1wj>>

MILLS, Charles W. White Ignorance and Hermeneutical Injustice: A Comment on Medina and Fricker. *Social Epistemology Review and Reply Collective*, v. 3, n. 1, 38-43, 2013. Available in: <https://social-epistemology.com/wp-content/uploads/2013/12/mills_reply_fricker_medina1.pdf> Access in: 5 Jan. 23.

PATTON, M. Q. (2015). *Qualitative research & evaluation methods: Integrating theory and practice* (Fourth edition). SAGE Publications, Inc.

PÉREZ, Moira. Epistemic violence: reflections between the invisible and the ignorable. *El lugar sin límites*. Available in: <<https://www.academica.org/moira.perez/84.pdf>>. Access in: 6 Jan. 23.

RYAN, G. W., & BERNARD, H. R. (2003). Techniques to Identify Themes. *Field Methods*, 15(1), 85–109. <https://doi.org/10.1177/1525822x02239569>

SALDANA, Johnny. *The Coding Manual for Qualitative Researchers*. Arizona State University, USA: SAGE Publications Ltd., 2015.

STIPPEL, Jörg, MEDINA, Paula. Discriminación en la persecución penal. Acerca de las diferencias entre delitos intracarcelarios y delitos cometidos fuera de prisión. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Brazil, v. 8, n. 3, Pp.1607- 1656 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.679>

STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM, 2013.

TOMCZAK, Philippa, MCALLISTER, Sue. Prisoner death investigations: a means for improving safety in prisons and societies? *Journal of Social Welfare and Family Law*, v. 43, n. 2, pp. 212-230, 2021. <https://doi.org/10.1080/09649069.2021.1917714>

VERGARA, Luis. Aproximación al fenómeno de la militarización en la cultura organizacional de Gendarmería de Chile. In: STIPPEL, Jörg, MEDINA, Paula (org.) *La No Ciudadanía. Sobre la exclusión legal y real de las personas en el sistema carcelario*. Valencia: Tirant Humanidades, 2023.

VITAR, Jorge. El archivo provisional y su adecuada aplicación en el proceso penal chileno. In: FUENTES, Claudio (org.) *Diez Años de la Reforma Procesal Penal en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales. Pp. 110-152, 2011. <https://doi.org/10.2307/j.ctv2gz3wsm.7>

YOUNG, Iris Marion. Five Faces of Oppression (Chapter 2). In: YOUNG, Iris Marion. *Justice and the politics of difference*. Princeton: Princeton University Press, 2012. p. 39-65. <https://doi.org/10.4324/9780429023019-8>

Authorship information

Jörg Stippel. PhD in Law, University of Bremen. Regular Professor and Researcher at the Universidad Central de Chile. jorg.stippel@ucentral.cl

Paula Pérez. PhD in Law, King`s College London, UK. Sociologist, Universidad de Chile. paulaperez@gmail.com

Marcelo Barria. MSc, Universidad de Chile. Social Anthropologist, Universidad de Chile. Marcelo.barria.b@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: This work is part of the FONDECYT Regular Project No. 1211531: „Criminal prosecution of crimes within prisons and the protection of victims and witnesses in Chile: characteristics and factors that affect its effectiveness and quality” (2021- 2023), funded by the National Agency for Research and Development of Chile (ANID). The authors want to thank Paula Medina González for her participation in developing the interview guides, Christopher James Rowland for his help in editing the article and for his questions and comments, Rodrigo Sanhueza Silva for his support in adjusting the footnotes to the required standard and Fernanda Zamora Espinosa and Rodrigo for their participation in the interviews. We are especially grateful to all the persons deprived of their liberty and prison officials who dedicated time to being interviewed and shared their insights and knowledge with us.

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

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

- *Jörg Stippel:* conceptualization, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Paula Pérez:* conceptualization, methodology, investigation, validation, writing – review and editing, final version approval.

- *Marcelo Barrìa*: conceptualization, methodology, data curation, validation, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 06/01/2023
- Desk review and plagiarism check: 07/01/2023
- Review 1: 27/01/2023
- Review 2: 02/02/2023
- Preliminary editorial decision: 11/02/2023
- Correction round return: 25/02/2023
- Final editorial decision: 15/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

STIPPEL, Jörg; PÉREZ, Paula; BARRÌA, Marcelo On “epistemic injustice” and victimization in prisons – an empiric exploration into Chilean reality *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 167-204, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.803>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


A prática de injustiça epistêmica por atribuição de excesso de credibilidade a colaboradores premiados


The practice of epistemic injustice by attribution of credibility excess to awarded collaborators

Sérgio Rodas Borges Gomes de Oliveira¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

sergiorodas.oliveira@gmail.com

 <https://lattes.cnpq.br/3773748428688485>

 <https://orcid.org/0000-0003-1870-0518>

RESUMO: O presente trabalho examina a prática de injustiça epistêmica por atribuição de excesso de credibilidade a colaboradores premiados. A questão que se investiga é: as narrativas de delatores recebem confiança exagerada? Para caracterizar-se como um tipo de injustiça epistêmica, tal excesso de credibilidade deve se dar em razão de preconceitos identitários (contra os réus delatados) e em desacordo com o conjunto probatório do processo. A atribuição de excesso de credibilidade às versões dos colaboradores é uma implicação da automática redução do peso atribuído às versões dos réus delatados. Para abordar a questão, será discutido o valor probatório da colaboração premiada no processo penal; explicado o conceito de “injustiça epistêmica”, identificado por Miranda Fricker, e os desenvolvimentos mais recentes de Jennifer Lackey e José Medina; e, por fim, de forma a avaliar se houve injustiça epistêmica por excesso de credibilidade atribuído a colaboradores premiados, será examinada uma sentença proferida pelo ex-juiz Sérgio Moro no âmbito da operação Lava Jato.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada; Delação premiada; Injustiça epistêmica; Lava Jato.

¹ Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Comunicação Social com Habilitação em Jornalismo pela Universidade de São Paulo. Jornalista e advogado.

ABSTRACT: *The present work examines the practice of epistemic injustice by attribution of credibility excess to awarded collaborators. The question that is being investigated is: do the collaborators' narratives receive exaggerated confidence? In order to be characterized as a type of epistemic injustice, such excess of credibility must be due to identity prejudices (against the accused defendants) and in disagreement with the evidences of the process. The attribution of credibility excess to the versions of the collaborators is an implication of the automatic reduction of the weight attributed to the versions of the accused defendants. To address the issue, the probative value of the awarded collaboration in criminal proceedings will be discussed; explained the concept of "epistemic injustice", identified by Miranda Fricker, and more recent developments by Jennifer Lackey and José Medina; and, finally, in order to assess whether there was epistemic injustice due to credibility excess attributed to awarded collaborators, one sentence handed down by ex-judge Sergio Moro in the scope of the Lava Jato operation.*

KEYWORDS: *Cooperation agreements; Plea bargaining; Epistemic Injustice; Lava Jato.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A colaboração premiada como prova; 1.1. Colaboração premiada como meio de obtenção de prova; 1.2. Juízo de corroboração; 1.2.1. Formas de corroboração; 1.3 Valoração da colaboração premiada; 2. Injustiça epistêmica; 2.1. O conceito de injustiça epistêmica; 2.2. Injustiça testemunhal por excesso de credibilidade. 2.2.1. Injustiça testemunhal distributiva; 2.2.2. Efeitos da injustiça testemunhal na comunidade; 3. Análise da credibilidade atribuída judicialmente a depoimentos de colaboradores e injustiça epistêmica por excesso de credibilidade; 3.1. Análise da valoração dos depoimentos de colaboradores; 3.1.1. Ação Penal 5045241-84.2015.4.04.7000/PR; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O instituto da delação premiada existe no Brasil desde a época colonial, quando era previsto nas Ordenações Filipinas. Contudo, apesar de a delação passar a ser prevista por diversas leis a partir da década de 1990, o mecanismo só foi expressamente regulado em 2013, pela Lei das Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), posteriormente

reformada pela Lei Anticrime (Lei 13.964/2019). Com base nessa lei e no aumento da segurança jurídica que ela proporcionou ao instituto, as colaborações premiadas passaram a ser aplicadas em maior escala pelo Ministério Público. A operação Lava Jato foi impulsionada pelos acordos de colaboração premiada. As delações tiveram especial relevância na propositura de denúncias pelo MPF e nas condenações proferidas pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba.

A partir do conceito de *injustiça epistêmica* – cunhado por Miranda Fricker e posteriormente aperfeiçoado por Jennifer Lackey e José Medina –, este artigo busca responder à seguinte pergunta: foi atribuído valor demasiado às palavras dos delatores nas sentenças da operação Lava Jato, provocando um tipo de injustiça que se convencionou chamar de “injustiça testemunhal por excesso de credibilidade”? O artigo está estruturado em três seções. A primeira seção examina a colaboração premiada como prova no processo penal brasileiro. Com base na legislação, doutrina e precedentes do STF, o instituto é conceituado como *meio de obtenção de prova* e, no que concerne à sua valoração, entende-se que a narrativa do delator não serve para denunciar ou condenar se não estiver acompanhada de elementos que a corroborem. Esta seção discute ainda de que formas a corroboração pode ser feita e os critérios para a sua valoração.

A segunda seção é de caráter teórico-filosófico e aborda o conceito de injustiça epistêmica e a ideia de injustiça testemunhal por excesso de credibilidade. Fricker afirma que ocorre injustiça testemunhal quando, por preconceito e em contrariedade às evidências², o ouvinte confere um

² O termo “evidência” – utilizado em diversas áreas do conhecimento – equivale ao termo “elemento de prova” – segundo afirma Antonio Magalhães Gomes Filho (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005) – ou “meio de prova” na linguagem jurídica. As evidências ou meios de prova são dados ou informações que funcionam como razões em uma inferência destinada a determinar a ocorrência ou não de fatos relevantes para uma decisão judicial. Atenção: “meio de prova” (evidence) não é a mesma coisa que “prova” (proof). A prova é o resultado de uma inferência probatória; já o meio de prova constitui a sua premissa, a razão que sustenta a sua conclusão. Essa nota tem o objetivo de esclarecer o conceito de evidência que será aqui empregado, bem como rejeitar qualquer caracterização da ideia de evidência

nível de credibilidade inferior à palavra de um falante³. A partir de Fricker, Lackey sustenta que o excesso de credibilidade conferido a uma ou mais pessoas pode gerar injustiça testemunhal, pois afeta os demais membros da comunidade⁴. Por outro lado, José Medina aponta que o excesso de credibilidade configura injustiça epistêmica quando envolve o tratamento injustificado de uma pessoa, que recebe, sem justificativa racional, mais credibilidade do que outros receberiam nas mesmas circunstâncias⁵.

Por fim, a terceira seção é um estudo de caso. Faz-se a análise de uma decisão proferida pelo ex-juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba Sergio Moro no âmbito da operação Lava Jato. Examina-se se — e como — o julgador cometeu injustiça epistêmica ao atribuir excesso de credibilidade a delatores da operação Lava Jato, conferindo déficit de credibilidade a outros réus. Para isso, foi selecionada uma sentença prolatada em um processo da Lava Jato, pioneira no uso massificado de acordos de colaboração premiada no país. Como critério de seleção da decisão, buscou-se um caso em que a fundamentação da condenação se baseou claramente na valoração excessiva das narrativas de colaboradores em relação às evidências de que estavam falando a verdade e à necessidade de não haver dúvida razoável sobre a materialidade e autoria dos delitos (*in dubio pro reo*). Ressalta-se que a intenção não é necessariamente vincular a colaboração premiada à prática de injustiça epistêmica, e sim apontar como esse é um risco que deve preocupar o emprego de tal meio de obtenção de provas.

como um tipo de informação probatória inferior em termos epistêmicos (ou mesmo a ideia de que o termo não dever ser usado por se tratar de um anglicismo). O termo “evidência” é a tradução corrente de “evidence” em todas as áreas do conhecimento, exceto no direito. Em razão da economia da investigação científica, não vemos razão para que o direito empregue o termo com significado distinto.

³ FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007.

⁴ LACKEY, Jennifer. *Credibility and the Distribution of Epistemic Goods*. In: MCCAIN, K. (eds) *Believing in Accordance with the Evidence*. Synthese Library (Studies in Epistemology, Logic, Methodology, and Philosophy of Science), vol. 398. Springer, Cham, 2018, pp. 145-168.

⁵ MEDINA, José. *The relevance of credibility excess in a proportional view of epistemic injustice: Differential epistemic authority and the social imaginary*. *Social Epistemology*, 25, 2011, pp. 15–35

1. A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO PROVA

1.1. COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

O acordo de colaboração premiada não é prova, mas tanto meio de prova quanto meio de obtenção de prova. Os meios de prova dizem respeito a atividades desenvolvidas durante o processo, com respeito ao contraditório, que se destinam ao convencimento direto do juiz (por exemplo, depoimento de testemunha, documento ou perícia). Por sua vez, os meios de obtenção de prova são instrumentos, em geral extraprocessuais (por exemplo, busca e apreensão e interceptação telefônica), utilizados com o fim de obter elementos ou fontes de prova aptos a convencer o magistrado. Ou seja, apenas indiretamente, e dependendo dos seus resultados, os meios de obtenção de provas podem servir ao convencimento do julgador⁶.

O entendimento de que a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, estabelecido pelo STF no HC 127.483, foi consolidado no artigo 3º-A da Lei das Organizações Criminosas, inserido pela Lei Anticrime. Tal classificação se dá porque, por meio da delação premiada, é possível a identificação de outras fontes de prova, sendo que estas são, por si sós, meios de prova, independentemente da palavra do delator.

Assim, quando o delator acusa terceiros, estes são incriminados pelas fontes de prova indicadas, como testemunhas e documentos, e não pela palavra do colaborador – que é insuficiente para a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, recebimento de denúncia ou queixa-crime e sentença condenatória, conforme o parágrafo 16 do artigo 4º da Lei das Organizações Criminosas⁷.

⁶ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica, In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). Colaboração premiada, pp. 127-149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 130; e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 309.

⁷ BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo P. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. Caderno de Relações Internacionais, v. 7, n. 13, ago./dez. 2016, p. 279-281..

A delação premiada também é meio de prova. Tal papel pode ser verificado em dois momentos: 1) como a colaboração pressupõe a confissão, esta tem valor probante na formação da culpa do colaborador; 2) ao limitar o peso da palavra do delator, proibindo a decretação de medidas cautelares, o recebimento de denúncia ou a prolação de sentença apenas com base nela, o parágrafo 16 do artigo 4º da Lei das Organizações Criminosas reconhece a força probante das declarações do colaborador. Afinal, o meio de prova é caracterizado pela força probante do seu conteúdo, pelo seu poder de formar o convencimento do juiz⁸.

Gustavo Badaró igualmente entende que a colaboração premiada é tanto um meio de prova (com relação às declarações do colaborador, diretamente valoráveis pelo julgador) quanto um meio de obtenção de prova (devido à necessidade de corroboração das afirmações acusatórias do delator)⁹. Da forma como vem sendo aplicada no Brasil, contudo, a colaboração premiada representa um novo modelo de Justiça Penal, aponta Badaró. Esse sistema “funciona a partir de funções não epistêmicas, e sem preocupação de legitimar o exercício do poder de punir estatal”. Tal modelo, a seu ver, representa um retorno a um sistema punitivo cujo principal objetivo não é a busca dialética de provas para a reconstrução histórica dos fatos, mas “uma imposição solipsística de uma ‘verdade’ escolhida” — pela polícia ou pelo Ministério Público, e que busca ser reforçada com as delações. “Trata-se de um modelo de punição rápida, que ignora a verdade, substituída por uma crença autorreferenciada na ‘evidência dos fatos’”¹⁰.

Como a colaboração premiada é expressamente prevista e regulamentada pela Lei das Organizações Criminosas, ela é uma prova típica. Portanto, não se confunde com outras provas pessoais, como a testemunhal. Ainda que tanto o delator quanto a testemunha tenham o compromisso de dizer a verdade, o descumprimento desse dever faz com que a testemunha responda pelo crime de falso testemunho (artigo 342

⁸ Idem, p. 282.

⁹ BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica, In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Coords.). Colaboração premiada, pp. 127-149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 136.

¹⁰ Idem, pp. 136, 146.

do Código Penal), enquanto o colaborador apenas descumpra o acordo¹¹. No entanto, o delator que acusa falsamente pessoa que sabe ser inocente ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas pode responder pelo crime previsto no artigo 19 da Lei das Organizações Criminosas.

Além disso, o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico processual, como definiu o STF no HC 127.483. Isso porque seu objeto é a cooperação do acusado para a investigação e para a ação penal, que é uma atividade de natureza processual. Mesmo que tal negócio jurídico tenha repercussão no Direito Penal material, com a previsão de sanções premiaias se a colaboração for eficaz.

Em sentido mais amplo, a colaboração premiada é ato jurídico em sentido lato, pois a manifestação de vontade das partes é elemento essencial do seu suporte fático; negócio jurídico, uma vez que a vontade também age quanto à eficácia do instrumento, por meio da escolha, dentro dos limites legais, do seu conteúdo e dos indicadores de sucesso; negócio jurídico bilateral, já que celebrado pela manifestação de vontade de duas partes, e de natureza mista (material e processual), porque gera consequências de natureza processual e penal material; e é contrato, pois contrapõe interesses das partes¹².

1.2. JUÍZO DE CORROBORAÇÃO

O parágrafo 16 do artigo 4º da Lei das Organizações Criminosas estabeleceu, desde a promulgação da norma, que nenhuma sentença condenatória poderia ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador. A Lei Anticrime estendeu tal vedação à decretação de medidas cautelares reais ou pessoais e ao recebimento de denúncia ou queixa-crime.

¹¹ BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo P. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. *Caderno de Relações Internacionais*, v. 7, n. 13, ago./dez. 2016, p. 283.

¹² DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei nº 12.850/2013): Natureza Jurídica e Controle da Validade por Demanda Autônoma - um Diálogo com o Direito Processual Civil. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 62, p. 23-59, out./dez. 2016, p. 37.

O juízo de corroboração tem por objeto a admissibilidade, e não a valoração, das declarações do delator, afirma Stefan Espírito Santo Hartmann. Tal avaliação, que não deve ser exauriente, é feita pelo magistrado no momento da homologação do acordo de colaboração premiada, quando o julgador examina se as declarações do colaborador são confirmadas por elementos independentes¹³.

Se o delator não apresentar elementos corroborativos, suas declarações devem ser excluídas do processo, não podendo ser utilizadas pelas partes ou pelo juiz para sustentar suas conclusões. Nada impede, contudo, que o colaborador preste as mesmas informações em juízo. Nesse caso, suas declarações serão valoradas como qualquer interrogatório, sem a especificidades das afirmações feitas em delação premiada¹⁴.

Para Hartmann, a interpretação de que juízo de corroboração tem por objeto a admissibilidade, e não a valoração, das declarações do colaborador, tem duas vantagens principais, que valorizam a presunção de inocência e o *standard* da prova acima da dúvida razoável. A primeira é que isso permite que delações ineficazes ou inconsistentes sejam excluídas logo de início, evitando “aventuras jurídicas”, que geram prejuízos à honra e à imagem dos réus¹⁵. A segunda vantagem é a preservação da imparcialidade do juiz da causa. Afinal, a introdução no processo das afirmações do colaborador pode influenciar a convicção do juiz¹⁶.

O entendimento de que o juízo de corroboração tem por objeto a admissibilidade, e não a valoração, das declarações do colaborador não é pacífico. Nefi Cordeiro afirma que a exigência de corroboração da palavra do delator é limitação legal da carga probatória mínima exigida para a formação de culpa na sentença. Logo, não é hipótese de prova inadmissível ao processo ou de sua invalidade¹⁷. Conforme Cordeiro, o tratamento da prova não corroborada é semelhante ao daquela colhida

¹³ HARTMANN, Stefan Espírito Santo. Corroboração das declarações do corréu na colaboração premiada. Curitiba: Juruá, 2021, p. 166-173.

¹⁴ Idem, p. 166.

¹⁵ Ibidem, p. 167,168.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ CORDEIRO, Nefi. Colaboração premiada: atualizada pela lei anticrime. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 161.

em inquérito policial ou da confissão. E a jurisprudência entende que não é possível condenar exclusivamente com base em provas do inquérito ou confissão. Mesmo assim, essas provas são válidas, apenas insuficientes para o juízo condenatório – e não provas inadmissíveis, que devem ser excluídas do processo¹⁸.

E a mera homologação de acordo de colaboração premiada já retira do juiz a imparcialidade para julgar o mérito do processo, avalia Antonio Eduardo Ramires Santoro. A razão disso é que, para validar o termo, o julgador deve reconhecer estar diante de uma organização criminosa – requisito para a celebração do compromisso. Assim, ao avaliar, na sentença, se houve ou não a prática do crime de pertencimento a organização criminosa (artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei das Organizações Criminosas), o magistrado estará previamente condicionado a preservar seu primeiro entendimento pela existência do grupo delituoso¹⁹.

Da forma como está regulada, a colaboração premiada é incompatível com o princípio da imparcialidade da jurisdição, pois o juiz que atua nas três fases da delação (investigação, homologação do acordo e sentença) fica vinculado à tese acusatória, diz Santoro. Para adequar o instituto à garantia da imparcialidade, analisa, seria preciso (i) vedar a celebração de acordo de colaboração premiada com quem está preso preventivamente; (ii) proibir que o juiz que homologa o termo atue no processo e julgamento; e (iii) impedir que o julgador responsável pelo processamento e sentença tivesse acesso às declarações do delator não submetidas ao contraditório²⁰.

Ao criar o juiz das garantias, a Lei Anticrime buscou mitigar o risco de quebra de imparcialidade. O juiz das garantias fica responsável pela fase investigatória, e o juiz da instrução, pelo andamento do processo e sentença. Entre as atribuições do juiz das garantias está decidir sobre a homologação de acordo de colaboração premiada. No entanto, o ministro

¹⁸ Idem, p. 162.

¹⁹ SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/2013. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe [orgs.]. Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello, p. 445-485. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 464-465.

²⁰ Ibidem, p. 467-468.

do STF Luiz Fux suspendeu os dispositivos que tratam da implantação do juiz das garantias e suas atribuições - artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal²¹.

A colaboração premiada tem riscos epistêmicos: que o colaborador minta propositalmente; que incida em erros honestos; que as provas produzidas por meio da delação sejam supervalorizadas. Por isso, é importante estabelecer *standards* de admissibilidade probatória para os casos de delação premiada, impedindo que provas que não tenham confiabilidade sejam admitidas ao processo, afirma Antonio Vieira²².

Segundo Vieira, o controle de admissibilidade das provas oriundas de delação premiada pode ser dar de duas maneiras. A primeira diz respeito às declarações do delator. Se elas não forem corroboradas, não devem ser admitidas no processo. A segunda trata da confiabilidade dos elementos de corroboração das declarações. Caso a confiabilidade de tais elementos não possa ser verificada (por quebra da cadeia de custódia, por exemplo), eles não podem adentrar o processo. Esse juízo de admissibilidade, conforme Vieira, deve ocorrer no início do processo²³.

1.2.1 FORMAS DE CORROBORAÇÃO

As declarações do delator devem ser corroboradas por elementos de prova independentes (externos), que vinculem os delatados à prática dos delitos. Portanto, a palavra do colaborador não pode ser corroborada por anotações de sua agenda, por exemplo. Caso se admitisse a corroboração por elementos unilaterais, haveria somente uma probabilidade de que as afirmações fossem verdadeiras, o que é insuficiente para uma

²¹ Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-atereferendo-plenario>. Acessado em: 04/01/2022.

²² VIEIRA, Antonio. Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: apontaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁSQUEZ, Carmen [eds.]. Del Derecho al razonamiento probatorio, p. 45-75. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2020, p. 72.

²³ Idem, p. 72-73.

sentença condenatória²⁴. A necessidade de corroboração por elementos externos também se deve ao interesse do delator na condenação dos delatados. Afinal, tal resultado ajuda sua colaboração a ser considerada eficaz pelo magistrado, com a consequente atribuição dos benefícios previstos no acordo²⁵.

Esse entendimento foi consolidado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF). O colegiado decidiu que provas produzidas unilateralmente pelo delator, como anotações em suas próprias agendas e planilhas de contabilidade interna das empresas, não são suficientes para corroboração. Se o depoimento do delator precisa ser corroborado por fontes diversas de prova, documentos produzidos por ele mesmo não servem de instrumento de validação, disseram os ministros²⁶.

Ademais, a corroboração por elementos externos deve se dar em relação a cada fato relevante ao processo, além de individualmente por delatado. Por exemplo, caso o colaborador incrimine três corréus em quatro fatos delituosos diferentes, é necessária a corroboração individual de cada fato e em relação a cada acusado²⁷.

As declarações do colaborador não podem ser corroboradas pelas declarações de outro colaborador, a chamada “corroboração cruzada”. Afinal, os depoimentos de delatores não são totalmente isentos e imparciais, pois eles têm interesse nas condenações e o consequente recebimento de prêmios²⁸.

O STF proíbe a “corroboração cruzada”. No HC 127.483, a corte ressaltou que as declarações de outro delator, ainda que sejam harmônicas

²⁴ HARTMANN, Stefan Espírito Santo. Corroboração das declarações do corréu na colaboração premiada. Curitiba: Juruá, 2021, p. 138-139.

²⁵ CORDEIRO, Nefi. Colaboração premiada: atualizada pela lei anticrime. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 161.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.994/DF. Relator Ministro Edson Fachin, 2ª Turma, j. 18/12/2017, DJE 06/04/2018.

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal – 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 294-295.

²⁸ HARTMANN, Stefan Espírito Santo. Corroboração das declarações do corréu na colaboração premiada. Curitiba: Juruá, 2021, p. 148.

e convergentes com a do colaborador em questão, não são suficientes para fins de corroboração²⁹.

Os antecedentes criminais do delatado não podem servir como elemento de corroboração das acusações do delator, mesmo que tratem de fatos similares aos descritos pelo colaborador. Isso porque o exame de que elementos podem servir para corroborar afirmações do delator deve valer-se de conceitos e institutos jurídicos, não éticos ou morais. E os antecedentes do delatado não preenchem o requisito da vinculação direta aos fatos do quais ele é acusado³⁰.

1.3. VALORAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Como anteriormente mencionado, nenhuma sentença condenatória pode ser proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador, conforme o parágrafo 16 do artigo 4º da Lei das Organizações Criminosas. Na sentença, o magistrado só pode valorar os elementos de prova produzidos na fase processual, com observância do contraditório. Sendo assim, as declarações feitas pelo delator durante a investigação ou sem respeito ao contraditório não podem ser usadas como fundamento na sentença³¹.

A vedação de que sentenças condenatórias sejam proferidas apenas com base na palavra do delator é justificada pelo risco epistêmico inerente às colaborações premiadas. Como testemunhos, os relatos do delator estão sujeitos a erros honestos, devido a falhas da memória. Em adição, os colaboradores podem ser induzidos ao erro mediante perguntas de delegados ou membros do MP que induzem a determinadas respostas. E, para conseguir celebrar o acordo, o investigado pode ir ajustando suas

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR. Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, j. 27/08/2015, DJE 04/02/2016.

³⁰ HARTMANN, Stefan Espírito Santo. Corroboração das declarações do corréu na colaboração premiada. Curitiba: Juruá, 2021, p. 151-152.

³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal – 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 288.

declarações de acordo com as expectativas das autoridades, que tendem a buscar a confirmação de suas teses acusatórias³².

Além de que há diversos motivos que podem levar o delator a acusar falsamente terceiros, como o desejo de responsabilizar inimigos pelo crime que cometeu, o intuito de servir os interesses do chefe da organização criminosa e o objetivo de reduzir a própria responsabilidade e, principalmente, de obter os benefícios legais³³. E há o perigo de o juiz ficar hipnotizado pela narrativa do delator, tendendo a considerar verdadeiras todas as suas afirmações, especialmente quando elas coincidem com as expectativas do julgador, diz Antonio Vieira³⁴.

Por isso Vieira afirma ser importante estabelecer *standards* de admissibilidade probatória para os casos de delação premiada, como referido no item 1.2 acima. Nesses casos, a análise do juiz sobre as provas da colaboração deve ocorrer em duas fases: na primeira, o julgador examinará a admissibilidade no processo; na segunda, após superado o primeiro momento, avaliará a valoração da prova, a definição do peso que ela deve ter na formação do convencimento judicial³⁵.

2. INJUSTIÇA EPISTÊMICA

2.1. O CONCEITO DE INJUSTIÇA EPISTÊMICA

Um problema específico, que acomete as transações epistêmicas em geral e pode ser mais facilmente detectado no processo penal, é a

³² VIEIRA, Antonio. Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: apontaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁSQUEZ, Carmen [eds.]. *Del Derecho al razonamiento probatorio*, p. 45-75. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2020, p. 62.

³³ LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O Valor Probatório da Colaboração Processual*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 137.

³⁴ VIEIRA, Antonio. Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: apontaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁSQUEZ, Carmen [eds.]. *Del Derecho al razonamiento probatorio*, p. 45-75. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2020, p. 63.

³⁵ Idem, p. 72.

injustiça epistêmica. O conceito de injustiça epistêmica foi estabelecido por Miranda Fricker no livro *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. Segundo a autora, o ouvinte (*hearer*) tem a obrigação de atribuir a um falante (*speaker*) um nível de credibilidade correspondente às evidências de que ele está falando a verdade. Assim, ocorre injustiça epistêmica quando alguém sofre prejuízo ou dano em sua capacidade como sujeito de conhecimento (*knower*) e transmissor de informações. Tal prática pode gerar afetar a identidade e a dignidade da pessoa.

Há dois tipos de injustiça epistêmica: a injustiça hermenêutica, que não será abordada no presente artigo, e a injustiça testemunhal, causado por preconceito na “economia da credibilidade”³⁶. A injustiça epistêmica está ligada à identidade social das pessoas. Ou seja, relaciona-se a diferentes dimensões dos indivíduos, como raça, gênero, orientação sexual, religião, condições econômicas, preferências políticas etc. Assim, um falante sofre injustiça testemunhal quando um ouvinte, com base em preconceito devido à identidade social do falante, resiste a evidências de que este está falando a verdade, atribuindo-lhe menos credibilidade do que o devido³⁷.

Miranda Fricker, contudo, não considera haver injustiça testemunhal quando os falantes recebem excesso de credibilidade. Isso porque tal atribuição não lhes gera prejuízos como sujeitos de conhecimento³⁸. A autora reconhece que pode haver injustiça testemunhal por excesso de credibilidade no longo prazo, com o acúmulo de episódios do tipo. Ela menciona o exemplo de uma pessoa que, devido a diversos preconceitos sociais a seu favor, cresce sendo constantemente valorizada epistemicamente pelos outros. Esse excesso de credibilidade, aponta Fricker, certamente lhe trará vantagens. No entanto, pode distorcer o “caráter epistêmico” da pessoa, afetando a sua capacidade como sujeito de conhecimento. Ou, seja tornando-o vítima de injustiça testemunhal. Porém, Miranda Fricker ressalta que a injustiça testemunhal, nesse caso, ocorre

³⁶ FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 1-2.

³⁷ FRICKER, Miranda. *Epistemic injustice: power and the ethics of knowing*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 39, 46-47.

³⁸ *Idem*, p. 20-21.

pelo acúmulo de episódios, e nenhum deles, analisado separadamente, configura tal espécie de injustiça epistêmica³⁹.

2.2 INJUSTIÇA TESTEMUNHAL POR EXCESSO DE CREDIBILIDADE

2.2.1 INJUSTIÇA TESTEMUNHAL DISTRIBUTIVA

Partindo do conceito de injustiça testemunhal, Jennifer Lackey questiona a conclusão de Miranda Fricker de que somente déficits de credibilidade conduzem a erros epistêmicos imediatos, por dois motivos. O primeiro consiste no excesso de credibilidade por conteúdo específico, fundamentado em estereótipos, que prejudica falantes imediatamente e por si sós. Segundo a autora, se alguém considera um homem negro especialistas em drogas ou armas porque ele é negro, ele terá sido prejudicado como sujeito de conhecimento tanto quanto se pensarem que ele é totalmente ignorante a respeito de Shakespeare⁴⁰. Já a segunda razão é sustentada na injustiça testemunhal por excesso de credibilidade do ouvinte. Afinal, o ouvinte, ao atribuir-se uma confiabilidade exagerada e ilegítima, deixa de acreditar honestamente no falante, desconsiderando-o como sujeito de conhecimento⁴¹.

Lackey destaca que há um fenômeno mais amplo, a injustiça testemunhal distributiva (*distributive testimonial injustice*), que aborda não apenas o julgamento de um único falante, mas do ouvinte e de todos os outros membros da conversa ou da comunidade. Segundo a autora, ocorre injustiça testemunhal distributiva quando a credibilidade é indevidamente distribuída entre integrantes de um contexto conversacional ou comunidade devido a preconceitos⁴².

A autora distingue dois tipos de injustiça testemunhal distributiva. O primeiro se dá por excesso de credibilidade atribuído por pares (*peer-excess testimonial injustice*). Isso acontece tanto se um sujeito julga apropriadamente, com base em evidências, um falante, mas ilegítimamente

³⁹ Ibidem, p. 21.

⁴⁰ Ibidem, p. 152.

⁴¹ Ibidem, p. 153

⁴² Ibidem, p. 157

considera os outros participantes do grupo melhores do que ele. Tal falha epistêmica inicial gera outras, pois, em caso de desentendimento, aquele falante terá sua palavra desvalorizada em relação a outro, receberá menos oportunidades profissionais etc⁴³.

A segunda espécie é a injustiça testemunhal por excesso de expertise (*expert excess*). Tal falha epistêmica se dá quando especialistas recebem um excesso injustificado de credibilidade devido ao fato de serem especialistas em certas áreas. É claro que os testemunhos de especialistas devem ter peso, afirma Lackey. O problema, avalia a autora, surge quando tais testemunhos ofuscam todas as outras evidências⁴⁴.

Miranda Fricker rejeita a concepção distributiva da injustiça testemunhal. Ela nem considera o fenômeno com relação ao ouvinte receber excesso de credibilidade. Quanto ao falante que obtém mais crédito do que o devido, Fricker sustenta que não há injustiça epistêmica, pois credibilidade não é um bem finito, que deve ser igualmente distribuído. Na visão da autora, o ouvinte tem a obrigação de corresponder o nível de credibilidade que atribui ao falante as evidências de que ele está falando a verdade⁴⁵.

Jennifer Lackey rebate os argumentos de Fricker contra a concepção distributiva da injustiça testemunhal. Com relação ao excesso de credibilidade que o ouvinte se aplica, ela aponta que simplesmente basear a avaliação do falante às evidências não é suficiente, como citado na página anterior. No que diz respeito à distribuição de credibilidade, Lackey destaca a importância de analisá-la não apenas quanto a pessoas específicas, mas em comparação à estrutura social a que pertencem. A autora torna a afirmar que o fato de certas pessoas ou grupos receberem mais crédito do que o devido frequentemente gera injustiças adicionais. Portanto, se pessoas do sexo masculino têm mais poder epistêmico que as do feminino pelo excesso de credibilidade que lhes é atribuído, em uma discussão entre um homem e uma mulher, os argumentos daquele serão

⁴³ Ibidem, p. 154

⁴⁴ Ibidem, p. 156

⁴⁵ FRICKER, Miranda. Epistemic injustice: power and the ethics of knowing. New York: Oxford University Press, 2007, p. 19-20.

sistematicamente mais acreditados do que os desta. Logo, as mulheres acabarão não recebendo a credibilidade que lhes é devida⁴⁶.

De acordo com Lackey, avaliações de credibilidade devem ser construídas de forma relacional. Ou seja, só é possível examinar se a análise da credibilidade de uma pessoa é epistemicamente ou moralmente justa quando ela é comparada às avaliações de outros integrantes do grupo ou comunidade⁴⁷.

2.2.2 EFEITOS DA INJUSTIÇA TESTEMUNHAL NA COMUNIDADE

José Medina também discorda da visão de Miranda Fricker de que uma análise individual de credibilidade não afeta as demais atribuições de confiabilidade a outros falantes. Na opinião do autor, é preciso conceber a credibilidade como interativa e envolvendo comparações e contrastes implícitos⁴⁸. A credibilidade de uma pessoa, assim, não é isolada dos demais e de suas afiliações sociais.

Conforme Medina, julgamentos de credibilidade não afetam apenas os recipientes diretos, mas também outros envolvidos em tal interação e demais pessoas indiretamente ligadas a essa relação. Consequentemente, a atribuição excessiva de credibilidade a um falante gera efeitos para toda a dinâmica e seus participantes, além de constituir injustiça epistêmica⁴⁹.

Segundo Medina, as injustiças epistêmicas causadas por déficit e excesso de credibilidade estão intimamente interrelacionadas. Como exemplo, o autor cita que estudos indicam que estudantes em universidades norte-americanas, nos primeiros dias de aula, tendem a conferir mais autoridade e credibilidade a professores homens, brancos, que têm o inglês como língua nativa e que parecem heterossexuais. O excesso de

⁴⁶ LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, K. (eds) *Believing in Accordance with the Evidence*. Synthese Library (Studies in Epistemology, Logic, Methodology, and Philosophy of Science), vol. 398. Springer, Cham, 2018, pp. 145-168, p. 158.

⁴⁷ Idem, p. 160

⁴⁸ MEDINA, José. The relevance of credibility excess in a proportional view of epistemic injustice: Differential epistemic authority and the social imaginary. *Social Epistemology*, 25, 2011, pp. 15-35, p. 19.

⁴⁹ Idem, p. 18

credibilidade aos docentes que se encaixam nesses padrões está ligado ao déficit de credibilidade que recebem os professores que não fazem parte desses grupos⁵⁰.

José Medina também afirma que o imaginário social prevalecente pode gerar excessos e déficits de credibilidade. Com base no imaginário social, o falante pode se expressar a partir de uma posição superior e, conseqüente, ser ouvido com “preguiça epistêmica” (*epistemic laziness*) por pessoas que não sentem necessidade de considerar alternativas àquele modo de pensar enraizado na sociedade. Por outro lado, o falante, avaliado com base em estereótipos, pode ter seus argumentos pouco respeitados pelos ouvintes⁵¹, ainda que as evidências os sustentem.

3. ANÁLISE DA CREDIBILIDADE ATRIBUÍDA JUDICIALMENTE A DEPOIMENTOS DE COLABORADORES E INJUSTIÇA EPISTÊMICA POR EXCESSO DE CREDIBILIDADE

3.1. ANÁLISE DA VALORAÇÃO DOS DEPOIMENTOS DE COLABORADORES

O presente capítulo visa analisar a possível ocorrência de injustiça epistêmica em depoimentos de colaboradores premiados. A hipótese da qual se parte é a de que os relatos dos delatores obtiveram credibilidade excessiva, em desacordo com as evidências de que seus relatos são verdadeiros.

Para isso, foi selecionada uma sentença do ex-juiz Sergio Moro, ex-titular da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, no âmbito da operação Lava Jato – pioneira no uso massificado de colaborações premiadas no país. Foi escolhida uma decisão em que esteve mais claro como a fundamentação da condenação se baseou na valoração excessiva das narrativas de colaboradores. É importante ressaltar que a intenção não é necessariamente vincular a delação premiada à prática de injustiça epistêmica, e sim apontar como esse é um risco inerente a tal meio de obtenção de provas.

⁵⁰ Ibidem, p. 22

⁵¹ Ibidem, p. 26

A decisão foi analisada para verificar se as narrativas dos delatores receberam uma credibilidade exagerada em relação às evidências de que estavam falando a verdade, pois corroboravam as teses da acusação. E se, com isso, os relatos dos demais réus e testemunhas tiveram déficit de credibilidade.

Dessa maneira, buscou-se examinar se houve injustiça epistêmica por excesso de credibilidade, com base no conceito de injustiça testemunhal distributiva, cunhado por Jennifer Lackey, e no impacto de tal abundância de confiabilidade em relação aos demais integrantes da comunidade, como argumentado por José Medina, ambos partindo das ideias de Miranda Fricker.

A injustiça epistêmica está ligada à identidade social das pessoas, conforme Fricker. Medina diz que o imaginário social pode gerar excessos e déficits de credibilidade. Assim, partiu-se da hipótese de que colaboradores podem receber excesso de credibilidade, em desacordo às evidências de que suas declarações são verídicas, em virtude de seu status junto à sociedade e ao sistema de Justiça. Delatores são sujeitos que assumem a prática de crimes, algo que se costuma esconder ou negar. Tal confissão pode passar a noção de que colaboradores estão comprometidos com a verdade, fazendo com que juízes atribuam peso excessivo às suas declarações, em dissonância com elementos que indiquem que são verdadeiras. Por outro lado, delatados podem receber a pecha de “criminosos”, “corruptos” e, por preconceito relativo a essa identidade social, terem suas versões avaliadas com resistência, recebendo menos credibilidade do que o devido.

Ressalta-se que o que se considera excesso de credibilidade no contexto judicial é diferente dos demais contextos de trocas comunicacionais, devido ao compromisso institucional com o princípio constitucional da presunção de inocência. Isso significa que a credibilidade atribuída a um testemunho (o relato de um delator, por exemplo) na vida ordinária poderia não estar devidamente justificada em um ambiente judicial. Em um tribunal, para que o testemunho de um colaborador seja válido e suficiente para a decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, para o recebimento de denúncia ou queixa-crime ou para a prolação da sentença condenatória, é preciso que esteja corroborado por outras provas independentes e que essas provas, tomadas individualmente e em

conjunto, tenham qualidade suficiente para superar um *standard* mais alto, de forma a superar o *in dubio pro reo*.

3.1.1. AÇÃO PENAL 5045241-84.2015.4.04.7000/PR⁵²

Data da sentença: 17/05/2016.

Réus: Roberto Marques; Renato de Souza Duque; Pedro José Barusco Filho (colaborador); Olavo Hourneaux de Moura Filho; Milton Pascowitch (colaborador); Luiz Eduardo de Oliveira e Silva; Julio Gerin de Almeida Camargo (colaborador); Julio Cesar dos Santos; José Antunes Sobrinho; Jose Adolfo Pascowitch (colaborador); João Vaccari Neto; Gerson de Mello Almada; Cristiano Kok; Camila Ramos de Oliveira e Silva; Jose Dirceu de Oliveira e Silva; Fernando Antonio Guimaraes Hourneaux de Moura (colaborador).

Réu alvo de injustiça epistêmica: João Vaccari Neto.

Colaboradores ouvidos como testemunha: Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, Ricardo Ribeiro Pessoa, Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef.

Denúncia: O Ministério Público Federal (MPF) ofereceu denúncia pela prática dos crimes de corrupção (artigos 317 e 333 do Código Penal), lavagem de dinheiro (artigo 1º, caput, inciso V, da Lei 9.613/1998), pertencimento a organização criminosa (artigo 2º da Lei 12.850/2013) e fraude processual (artigo 347 do Código Penal) contra os acusados.

De acordo com a denúncia, a Engevix Engenharia, juntamente com outras grandes empreiteiras, formou um cartel, por meio do qual fraudou sistematicamente licitações da Petrobras para a contratação de grandes obras a partir de 2005. Segundo o MPF, as empresas combinavam qual delas iria vencer cada certame. Então manipulavam os preços oferecidos para vencer a disputa pelo maior preço possível admitido pela estatal. As empreiteiras usavam percentuais dos valores dos contratos para o pagamento de vantagens indevidas a dirigentes da Petrobras para evitar a interferência deles no cartel, conforme o MPF.

⁵² BRASIL. Justiça Federal da 4ª Região – Seção Judiciária do Paraná. Ação Penal 5045241-84.2015.4.04.7000, 13ª Vara Federal de Curitiba, j. 17/05/2016, DJE 18/05/2016.

A presente ação penal teve por objeto os pagamentos de propina efetuados pela Engevix à Diretoria de Serviços e Engenharia da Petrobrás e os mecanismos de lavagem de dinheiro subsequentemente utilizados. A empreiteira foi acusada de oferecer o pagamento de propina à Diretoria de Engenharia e Serviços da Petrobras nas seguintes obras e contratos: a) dois contratos para construção dos módulos 1, 2 e 3 da Unidade de Tratamento de Gás de Cacimbas (UTGC); b) contrato do Consórcio Skanska-Engenix URE para a execução de obras e implementação das unidades de recuperação de enxofre III e de tratamento de gás residual na Refinaria Presidente Bernardes (RPBC); c) contrato do Consórcio Integradora URC/Engenix/Niplan/NM para a execução de obras de adequação da URC da Refinaria Presidente Bernardes (RPBC); d) contrato do Consórcio Skanska/Engenix para a execução das obras de implementação do on-site da unidade de propeno da UN-Repar, na Refinaria Presidente Getúlio Vargas (Repar); e e) contrato do Consórcio Integração (Engenix e Queiroz Galvão) para a execução das obras de implementação das tubovias e interligações do off-site da carteira de diesel da Refinaria Landulpho Alves (RLAM). De acordo com o MPF, em todos os casos a oferta foi aceita, e as propinas, pagas, exceto em relação ao primeiro contrato de Cacimbas.

O MPF alegou que 50% das propinas acertadas pela Engevix com a Diretoria de Serviços e Engenharia da Petrobras era destinada ao Partido dos Trabalhadores. Os valores eram recolhidos pelo ex-tesoureiro da legenda João Vaccari Neto, segundo a acusação, por solicitação do diretor da estatal Renato de Souza Duque, que recebia apoio do PT para permanecer no cargo. Parte das propinas era destinada ao ex-ministro da Casa Civil José Dirceu e a Fernando Antônio Guimarães Hourneaux de Moura, por serem responsáveis pela indicação e manutenção de Renato Duque no posto, disse a Procuradoria da República. A denúncia apontou que as propinas foram repassadas aos agentes da Petrobras, ao PT e a José Dirceu e Fernando Moura entre 2005 e 2014.

Metade dos valores ficava com os agentes da Petrobras e metade com o PT. Desta metade, parte era destinada a agentes políticos específicos, como José Dirceu e Fernando Moura, na narrativa do MPF. Dirceu recebeu R\$ 11.884.205,50 da Engevix por meio de contratos simulados entre a JD Assessoria e Consultoria, controlada por ele, e a Jamp

Engenheiros Associados, empresa de Milton Pascowitch, auxiliado por José Adolfo Pascowitch, de acordo com a denúncia. Já Fernando Moura, com auxílio de seu irmão, Olavo Moura, ganhou de R\$ 5 milhões, por meio de doações feitas por Milton Pascowitch e José Adolfo Pascowitch, já que Moura seria um dos responsáveis pela indicação de Renato Duque à diretoria da Petrobras. Além disso, o MPF acusou José Dirceu de ter usado parte do dinheiro para compra de uma aeronave (negócio cancelado após publicação na imprensa) e um imóvel e reforma de casas.

Defesa de João Vaccari Neto: A defesa de João Vaccari Neto argumentou, no mérito, que ele só assumiu o cargo de secretário de finanças do PT em 2010; portanto, não pode ser apontado como representante do partido em supostos acordos de propina havidos antes de tal ano. Ademais, sustentou que Vaccari Neto não participou de negociação de esquemas de propinas na Petrobras. Também alegou que mesmo colaboradores premiados o isentaram de responsabilidades nos esquemas criminosos. E declarou que que as provas contra o ex-tesoureiro da agremiação decorriam das declarações dos colaboradores, sem provas de corroboração. Por isso, pediu a absolvição dele.

Fundamentação: Na sentença, o ex-juiz Sergio Moro citou que diversos colaboradores, ouvidos como réus ou testemunhas, apontaram João Vaccari Neto como o representante do PT nos acordos de propinas. O julgador elencou as narrativas dos delatores.

Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, dirigente da empresa Setal Óleo e Gás, declarou, como testemunha, que pagou parte da propina combinada com a Diretoria de Engenharia e Serviços da Petrobras por meio de doações eleitorais ao PT, por solicitação de Renato Duque e João Vaccari Neto.

Paulo Roberto Costa, ex-diretor de Abastecimento da Petrobras, disse, como testemunha, que foi informado de que João Vaccari Neto era o responsável pelo recolhimento da propina devida à Diretoria de Engenharia e Serviços da Petrobras.

O doleiro Alberto Youssef, ouvido como testemunha, declarou o mesmo que Paulo Roberto Costa. Também afirmou que pontualmente repassou, a pedido dele, parte da propina acertada com a Diretoria de Abastecimento da estatal para o PT, entregando os valores para João Vaccari Neto.

O corréu Pedro José Barusco Filho, ex-gerente de Serviços da Petrobras, contou que participou de reuniões com Renato Duque, João Vaccari Neto, Milton Pascowitch e José Dirceu. Segundo Barusco, João Vaccari Neto era o responsável por administrar a parte da propina acertada com o PT.

O empresário Ricardo Ribeiro Pessoa, dirigente da UTC Engenharia, igualmente declarou em juízo, como testemunha, que os acertos de vantagens indevidas com a Diretoria de Engenharia e Serviços da Petrobras eram destinados a João Vaccari Neto. Pessoa destacou que Vaccari Neto exercia essa função mesmo antes de assumir formalmente o cargo de tesoureiro do PT. O empresário ainda narrou que pagou cerca de R\$ 840 mil a José Dirceu quando este já estava preso e que obteve, posteriormente, autorização de Vaccari Neto para abater esse valor dos acertos de propina que tinha com o partido.

O corréu Júlio Gerin de Almeida Camargo afirmou que sabia que João Vaccari Neto era o responsável pelo recolhimento dos valores de propina acertadas pelo PT com a Diretoria de Engenharia e Serviços da petrolífera.

O corréu Milton Pascowitch contou que, a partir de 2009, o acerto de propina com o PT passou a ser feito com João Vaccari Neto, e não com o grupo político de José Dirceu. Este, porém, continuou recebendo parte dos valores de vantagens indevidas, declarou Pascowitch. O delator também relatou que solicitou autorização a João Vaccari Neto para repassar quantias de propinas a José Dirceu a pedido do ex-ministro.

Com base nos relatos de delatores, Moro concluiu que João Vaccari Neto era o representante do PT nos acertos de propinas, e assumiu essa função antes mesmo de ter sido nomeado oficialmente Secretário de Finanças do partido. “Considerando que o grupo político de José Dirceu de Oliveira e Silva recebeu esses valores até 2013, os repasses a ele, pelo menos havidos entre 2009 a 2013, tinham que contar com o assentimento de João Vaccari Neto. Como esses repasses referem-se indistintamente aos acertos de propina havidos nos cinco contratos da Engevix pela Petrobras, [João Vaccari Neto] deve responder pelos cinco crimes de corrupção passiva, já que também responsável pelo direcionamento de parte da propina para o grupo político de José Dirceu de Oliveira e Silva”, declarou o juiz.

Contudo, ele disse que o ex-tesoureiro deveria ser absolvido da acusação de lavagem de dinheiro, pois não havia prova de que ele participava dos esquemas de ocultação e dissimulação dos valores de corrupção.

Sergio Moro declarou que, na ação penal, “foi produzida extensa prova documental de corroboração”. “Em especial, destaque-se a prova documental de repasses milionários da Engevix Engenharia para a empresa Jamp Engenheiros Associados, dirigida por Milton Pascowitch, e de repasses milionários desta para José Dirceu de Oliveira e Silva”. “Importante ainda não olvidar, como prova de corroboração, que todos os acusados colaboradores, além das revelações de seus depoimentos, comprometeram-se com indenizações milionárias aos cofres públicos, o que só se tornou viável em decorrência da disponibilidade previamente adquirida pelo recebimento dessas propinas”, alegou Moro.

Com relação a Vaccari Neto, entretanto, Moro não citou elementos específicos de corroboração das acusações dos delatores. Mencionou apenas que o ex-tesoureiro do PT já havia sido condenado na Ação Penal 5012331-04.2015.4.04.7000. Nesse caso, segundo o ex-julgador, ficou provado que parte da propina acertada com a Diretoria de Engenharia e Serviços da Petrobras foi direcionada por Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, dirigente da empresa Setal Óleo e Gás, em doações eleitorais registradas ao PT por solicitação de Renato Duque e de João Vaccari Neto.

Condenação: Sergio Moro absolveu João Vaccari Neto da imputação de lavagem de dinheiro por falta de prova suficiente para condenação (artigo 386, VII, do Código de Processo Penal).

Porém, Moro condenou João Vaccari Neto pelo crime de corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal), a título de participação, pelo direcionamento ao grupo político de José Dirceu, de parte da vantagem indevida destinada à Diretoria de Serviços e Engenharia da Petrobras e que foi acertada com Renato Duque em decorrência de seu cargo como diretor da estatal (artigo 317 do Código Penal).

O ex-juiz concluiu que o ex-tesoureiro do PT cometeu cinco crimes de corrupção, relacionados aos cinco contratos com a Petrobras obtidos irregularmente pela Engevix. Entre os cinco delitos, Moro reconheceu a continuidade delitiva e unificou as penas com a majoração de metade, fixando-as em nove anos de reclusão e 150 dias-multa.

Acórdão do TRF-4: Em apelação julgada em 26 de setembro de 2017⁵³, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, absolveu João Vaccari Neto com base no artigo 386, V, do CPP – “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” –, por entender que a condenação se baseou exclusivamente em depoimentos de delatores, em violação ao artigo 4º, parágrafo 16º, da Lei das Organizações Criminosas, que estabelece que nenhuma sentença condenatória pode ser proferida com base na narrativa de colaborador se ela não for corroborada. Prevaleceu o voto divergente do revisor, desembargador federal Leandro Paulsen. O magistrado apontou fragilidades nos depoimentos dos colaboradores com relação a João Vaccari Neto.

Augusto Ribeiro Mendonça Neto disse ter feito doação de dinheiro ilícito ao PT por ordem de Renato Duque. Contudo, disse Leandro Paulsen no voto, ao ser sucessivamente indagado por Moro acerca da existência de tratativas ilícitas com João Vaccari Neto, o delator “respondeu peremptoriamente em sentido negativo, uma vez que o ex-tesoureiro recebeu os valores de forma oficial e sem qualquer menção à origem ilícita dos recursos”. Além disso, destacou o desembargador, tal doação ao PT diz respeito a fatos já julgados na Ação Penal 5012331-04.2015.4.04.7000, na qual Vaccari Neto foi absolvido pelo TRF-4. Assim, a doação não pode ser tomada em consideração como se fosse objeto da presente ação, declarou o magistrado, concluindo que tal prova não prejudica o réu.

Paulo Roberto Costa contou que era “voz corrente” na Petrobras o fato de Vaccari Neto ser o responsável pela arrecadação de propina em nome do PT. Entretanto, o ex-diretor da estatal afirmou ter visto Vaccari Neto pessoalmente apenas uma vez em um restaurante e contou que nunca discutiu nenhum assunto envolvendo pagamentos ilícitos com ele. “Além de se tratar de prova fundada em ‘ouvi dizer’, não há qualquer elemento material de corroboração”, ressaltou Paulsen.

Alberto Youssef “afirmou peremptoriamente nunca ter tratado de qualquer assunto ilícito com João Vaccari Neto”, destacou o desembargador. O doleiro narrou que só intermediou pagamentos ilícitos ao PT uma vez, em

⁵³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação 5045241-84.2015.4.04.7000/PR. Redator para acórdão Desembargador Leandro Paulsen, 8ª Turma, j. 26/09/2017, DJE 10/10/2017.

quantias supostamente repassadas pela empresa Toshiba. Conforme Youssef, tais valores foram entregues a uma mulher que supostamente seria cunhada de Vaccari Neto – mas ela sequer foi ouvida pelas autoridades ao longo da presente ação penal, disse o magistrado. “Veja-se, ainda, que os fatos não dizem respeito àqueles tratados nos autos, os quais estão exclusivamente relacionados a contratos entre Engevix e Petrobras, bem como a inexistência de provas materiais de corroboração do alegado no bojo deste processo”.

Pedro Barusco citou que o ex-tesoureiro do PT tinha relação pessoal com Milton Pascowitch e era do seu conhecimento indireto que ajustes ilícitos eram travados entre os dois. No entanto, afirmou Paulsen, “sempre que questionado acerca de fatos específicos, o agente colaborador [Barusco] foi incapaz de declinar qualquer elemento concreto, uma vez que, segundo ele, nunca presenciou pessoalmente os supostos ajustes entabulados entre Milton Pascowitch e João Vaccari”. Segundo o desembargador federal, houve insuficiência na coleta de provas, porque o depoimento de Barusco não foi objeto de diligências complementares capazes de apresentar provas materiais de corroboração. Na visão do magistrado, não foram apresentados registros concretos das reuniões entre Pascowitch e Vaccari Neto, como as datas em que elas ocorreram, com eventuais trocas de mensagens telemáticas ou telefônicas entre as partes. “Novamente não há prova material que corrobore o depoimento e, ainda pior, este sequer aborda qualquer fato concreto que esteja sob apreciação nos autos, ou seja, vantagens indevidas especificamente pagas em virtude dos cinco contratos entabulados entre Engevix e Petrobras”.

Milton Pascowitch disse ter feito o pagamento de vantagens indevidas a João Vaccari Neto. Todavia, especificou que a origem de tais propinas estava nos contratos de cascos replicantes da Engevix com a Petrobras, que não são objeto da presente ação penal. “Saliente-se que o magistrado de primeiro grau indagou expressamente a Milton Pascowitch se os pagamentos diziam respeito ao tema tratado nos autos e a resposta foi negativa. Ainda que essa dissociação entre os fatos contidos no depoimento e o objeto da demanda pudesse ser superada, mais uma vez nenhuma prova material de corroboração ao depoimento foi encartada aos autos”, afirmou o magistrado.

Ricardo Ribeiro Pessoa mencionou que João Vaccari Neto recebia valores ilícitos em nome do PT. Toda a sua fala, entretanto, diz respeito

a ajustes ilegais feitos pela UTC, relacionados a fatos alheios aos tratados nos autos, opinou Paulsen. Ele lembrou que Pessoa contou ter destinado quantias a Luiz Eduardo, irmão de José Dirceu, que teriam sido “descontados da conta-corrente de propina” gerida por Vaccari Neto em nome do PT. Mas Pessoa apontou que a propina se referia especificamente ao contrato celebrado pela UTC com a Petrobras para o Comperj – que não era alvo da ação penal. Ainda assim, todas essas afirmações não foram corroboradas por outras provas, declarou Paulsen.

Por fim, Júlio Gerin de Almeida Camargo declarou ter tomado conhecimento por terceiros de que repasses ilícitos feitos em benefício do PT tinham Vaccari Neto como interlocutor. Porém, quando questionado sobre sua experiência pessoal sobre o caso, Camargo “foi categórico” ao afirmar sempre tratou de pagamentos ilegais com Renato Duque e Pedro Barusco e “jamais teve qualquer tipo de relação espúria com João Vaccari Neto, o qual apenas se limitou a solicitar doações oficiais de campanha sem especificar relacionamento com eventuais vantagens ilícitas geradas no seio de obras da Petrobras”, mencionou Paulsen.

De acordo com o desembargador, “nenhum depoimento apresentado pelos agentes colaboradores sequer diz respeito aos fatos sub judice, assim como inexistente prova material de corroboração a dar apoio às declarações”. Paulsen ainda ressaltou que, em ações penais, julga-se fatos potencialmente típicos e sua autoria. Assim, apontou, não é possível a aplicação do Direito Penal do Autor, “no qual a condenação é lastreada exclusivamente nas características pessoais do agente, independentemente da existência de prova atinente aos fatos que lhe são atribuídos”.

Injustiça epistêmica: No caso, Sergio Moro atribuiu excesso de credibilidade aos relatos dos colaboradores Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, Paulo Roberto Costa, Alberto Youssef, Pedro Barusco, Ricardo Pessoa, Júlio Gerin de Almeida Camargo e Milton Pascowitch.

Com base apenas nas narrativas dos delatores, Moro concluiu que João Vaccari Neto cometeu corrupção passiva ao solicitar, da Engevix, propina para o PT em troca de contratos com a Petrobras. Dessa forma, o ex-juiz desrespeitou o artigo 4º, parágrafo 16, da Lei das Organizações Criminosas, que proíbe sentença condenatória baseada somente na palavra do delator, sem corroboração por elementos externos e independentes.

Ao atribuir excesso de credibilidade às versões dos delatores, Sergio Moro cometeu injustiça epistêmica. Isso porque as narrativas dos colaboradores receberam uma credibilidade exagerada em relação às evidências de que estavam falando a verdade e à necessidade de não haver dúvida razoável sobre a materialidade e autoria dos delitos em relação a Vaccari Neto (*in dubio pro reo*).

Com isso, os relatos de Vaccari Neto tiveram déficit de credibilidade, e ele sofreu uma injustiça epistêmica, que levou à sua condenação em primeira instância. A absolvição dele, pelo TRF-4, por falta de provas de corroboração das acusações de delatores demonstra que as versões dos colaboradores recebem um injustificável excesso de credibilidade, prejudicando o ex-tesoureiro do PT.

CONCLUSÃO

A regulamentação da colaboração premiada pela Lei 12.850/2013 mudou o cenário das investigações de organizações criminosas. Impulsionada pelas delações, o braço paranaense da Lava Jato, de 2014 a 2021, gerou condenações a 174 pessoas⁵⁴.

As colaborações premiadas trazem riscos epistemológicos, como apontado no capítulo 1. Dessa maneira, é preciso que as versões apresentadas pelos delatores sejam corroboradas por elementos de prova externos e aptos a gerar certeza razoável sobre a culpabilidade dos delatados, de forma que seja possível afastar o *in dubio pro reo*.

A pesquisa empírica feita neste trabalho e exposta no capítulo 3 demonstra, respondendo à pergunta feita na introdução, que os depoimentos de delatores receberam, do ex-juiz Sergio Moro, credibilidade exagerada em relação às evidências de que estavam falando a verdade a ponto de dissipar dúvidas razoáveis sobre a culpabilidade dos delatados. Portanto, constata-se que houve injustiça epistêmica por excesso de credibilidade atribuído às narrativas dos colaboradores, o que, por sua

⁵⁴ Lava Jato de Curitiba é dissolvida após 7 anos; apuração da força-tarefa segue até outubro. Folha de S.Paulo, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/apos-sete-anos-lava-jato-de-curitiba-e-dissolvida-apuracao-da-forca-tarefa-segue-ate-outubro.shtml>. Acessado em: 05/01/2022.

vez, rebaixou a confiança alocada às defesas dos réus. Verifica-se, assim, que há risco de os depoimentos de delatores serem usados para fundamentar condenações sem que haja confiabilidade nas versões a ponto de justificar tais atos.

Com o passar dos anos, o STF foi impondo limites à colaboração premiada⁵⁵. Muitas das balizas fixadas pelo Supremo foram incorporadas à Lei das Organizações Criminosas pela Lei Anticrime. Com isso, foram reduzidos os riscos epistêmicos da colaboração premiada, bem como prestigiados o direito de defesa e a presunção de inocência.

Ainda assim, é de se esperar que surjam outras grandes operações impulsionadas por colaborações premiadas. Das próximas vezes, porém, espera-se que o uso das delações seja menos vulgarizado e que policiais, integrantes do Ministério Público e magistrados não caiam no canto da sereia dos delatores e respeitem integralmente os direitos dos investigados, acusados e réus.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. A colaboração premiada: Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica, In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coords.). Colaboração premiada, pp. 127-149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo P. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. Caderno de Relações Internacionais, v. 7, n. 13, ago./dez. 2016. <https://doi.org/10.22293/2179-1376.v7i13.415>

BRASIL. Justiça Federal da 4ª Região – Seção Judiciária do Paraná. Ação Penal 5045241-84.2015.4.04.7000, 13ª Vara Federal de Curitiba, j. 17/05/2016, DJE 18/05/2016.

⁵⁵ Algumas decisões nesse sentido reforçaram que nenhuma condenação poderia ser proferida apenas com base nas informações do colaborador, vedaram a “corroboração cruzada” (Habeas Corpus 127.483/PR), declararam que provas produzidas unilateralmente pelo delator são insuficientes para corroboração (Inquérito 3.994/DF), estabeleceram que os acordos não podem prever condições e benefícios não previstos em lei (Petição 7.265/DF) e determinaram que réus delatados têm o direito de falar por último nos processos em que também há réus delatores (Habeas Corpus 166.373/PR).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 127.483/PR. Relator Ministro Dias Toffoli, Plenário, j. 27/08/2015, DJE 04/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.994/DF. Relator Ministro Edson Fachin, 2ª Turma, j. 18/12/2017, DJE 06/04/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação 5045241-84.2015.4.04.7000/PR. Redator para acórdão Desembargador Leandro Paulsen, 8ª Turma, j. 26/09/2017, DJE 10/10/2017.

CORDEIRO, Nefi. Colaboração premiada: atualizada pela lei anticrime. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - um diálogo com o Direito Processual Civil. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 62, p. 23-59, out./dez. 2016.

FRICKER, Miranda. Epistemic injustice: power and the ethics of knowing. New York: Oxford University Press, 2007. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2010.01098.x>

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, pp. 303-318. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

HARTMANN, Stefan Espírito Santo. Corroboração das declarações do corréu na colaboração premiada. Curitiba: Juruá, 2021.

Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterreferendo-plenario>. Acessado em: 04/01/2022.

LACKEY, Jennifer. Credibility and the Distribution of Epistemic Goods. In: MCCAIN, K. (eds) Believing in Accordance with the Evidence. Synthese Library (Studies in Epistemology, Logic, Methodology, and Philosophy of Science), vol. 398. Springer, Cham, 2018, pp. 145-168. https://doi.org/10.1007/978-3-319-95993-1_10

Lava Jato de Curitiba é dissolvida após 7 anos; apuração da força-tarefa segue até outubro. Folha de S.Paulo, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/apos-sete-anos-lava-jato-de-curitiba-e-dissolvida-apuracao-da-forca-tarefa-segue-ate-outubro.shtml>. Acessado em: 05/01/2022.

MEDINA, José. The relevance of credibility excess in a proportional view of epistemic injustice: Differential epistemic authority and the social imaginary. Social Epistemology, 25, 2011, pp. 15–35. <https://doi.org/10.1080/02691728.2010.534568>

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. In: Revista do Conselho da Justiça Federal, jul./set. 2004.

Relembre todas as 79 fases da operação Lava Jato, que chegou ao fim. CNN Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/seis-anos-da-lava-jato-relembre-todas-as-fases-da-operacao/>>. Acessado em: 07/11/2021.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A incompatibilidade do princípio da imparcialidade da jurisdição com a colaboração premiada regulada pela Lei nº 12.850/2013. In: ESPÍÑERA, Bruno; CALDEIRA, Felipe [orgs.]. Delação premiada: estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello, p. 445-485. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal* – 3ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

VIEIRA, Antonio. Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: apontaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: FERRER BELTRÁN, Jordi; VÁSQUEZ, Carmen [eds.]. Del Derecho al razonamiento probatorio, p. 45-75. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2020.

Authorship information

Sérgio Rodas Borges Gomes de Oliveira. Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Comunicação Social com Habilitação em Jornalismo pela Universidade de São Paulo. Jornalista e advogado. sergiorodas.oliveira@gmail.com

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

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 30/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 09/01/2023
- Review 2: 15/01/2023
- Review 3: 17/01/2023
- Preliminary editorial decision: 11/02/2023
- Correction round return: 24/02/2023
- Final editorial decision: 13/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

OLIVEIRA, Sérgio Rodas Borges Gomes de. A prática de injustiça epistêmica por atribuição de excesso de credibilidade a colaboradores premiados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 205-236, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.782>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Jueces e injusticias epistémicas: Recomendaciones institucionales y la interdependencia de lo individual y lo estructural¹

Judges and epistemic injustices: Institutional recommendations and the interdependence of the individual and the structural

Leandro De Brasi²

Universidad de La Frontera, Temuco, Chile

leandro.debrasi@ufroterra.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-6965-3665>

RESUMEN: Las injusticias epistémicas causan un mal a alguien en su condición de sujeto epistémico; es decir, como sujeto que participa en la producción, mantención y transmisión de bienes epistémicos. Asumiendo que una de las metas, pero no ciertamente la única, del sistema judicial es promover decisiones que sean razonablemente plausibles, las injusticias epistémicas interfieren con dicha meta. Un objetivo de este artículo es ofrecer un par de recomendaciones institucionales que contribuyen a disminuir las injusticias epistémicas que los jueces pudieran cometer. Estas recomendaciones se basan en data empírica proveniente de las ciencias sociales. Otro objetivo es argumentar, en parte en base a esas intervenciones, que ni el enfoque individualista ni el estructuralista, que ubican el problema y los cambios necesarios para remediarlo

¹ Este trabajo ha sido apoyado por el Fondecyt Regular 1210724 (ANID). Agradezco a la audiencia de las *Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho 2022*, organizadas por la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social en la Universidad Austral de Chile, Valdivia, por sus comentarios y en particular a Daniela Accatino y Flavia Carbonell.

² Doctor en Filosofía por la Universidad de Londres (Reino Unido). Profesor Asociado del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de La Frontera (Chile), Investigador Visitante del Departamento de Filosofía del King's College London (Reino Unido) y Director del Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad de La Frontera (Chile).

en la mente del individuo o las estructuras de nuestro entorno (respectivamente), son adecuadamente concebidos. En particular, el artículo responde a la pregunta: ¿qué tipo de intervenciones, dada la data empírica disponible, es más probable que sea eficiente?, mostrando que esas intervenciones son híbridas, combinando lo individual y lo estructural, dada la interdependencia de lo individual y lo estructural, y ofreciendo dos ejemplos ilustrativos de distintas estrategias de este tipo de intervenciones.

PALABRAS CLAVE: injusticia epistémica; juez; prejuicios; recomendaciones institucionales; enfoques individualista y estructuralista.

ABSTRACT: *Epistemic injustices concern a wrong done to someone specifically in their capacity as an epistemic subject; that is, as a subject that participates in the production, maintenance and transmission of epistemic goods. Assuming that one of the goals, but certainly not the only one, of the judicial system is to promote decisions that are reasonably plausible, epistemic injustices interfere with such goal. One aim of this paper is to offer a couple of institutional recommendations that contribute to mitigate the epistemic injustices that judges could commit. These recommendations are based on empirical data from the social sciences. Another aim is to argue, partly on the basis of those interventions, that neither the individualist approach nor the structuralist approach, which locate the problem and the necessary changes to remedy it in the individual's mind or the structures of our environment (respectively), are adequately understood. In particular, this article answers the question: what kind of interventions, given the empirical data available, is more likely to be efficient?, showing that such interventions are hybrid, combining the individual and the structural, given the interdependence of the individual and the structural, and offering two illustrative examples of diverse strategies of this sort of interventions.*

KEYWORDS: *epistemic injustice; judge; prejudices; institutional recommendations; individual and structural approaches.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Jueces, prejuicios y motivaciones; 2. Entrenamiento de pensamiento estructural; 3. Cambios institucionales relacionados a la consideración de diversas perspectivas; 4. Los enfoques individualista y estructuralista; Conclusión; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En su obra *Injusticia epistémica: El poder y la ética del conocimiento* (2007, traducción al español 2017), Miranda Fricker introduce la noción de injusticia epistémica, la cual entiende como “un tipo de injusticia según el cual alguien resulta agraviado específicamente en su capacidad como sujeto de conocimiento” (2017, p. 45). Dicho de otra manera, y ampliando el espectro epistémico, las injusticias epistémicas causan un mal a alguien en su condición de sujeto epistémico, es decir, como sujeto que participa en la producción, mantención y transmisión de bienes epistémicos. La noción describe una familia de fenómenos epistémicos y, en su libro, Fricker considera dos formas particulares de injusticias epistémicas: la injusticia testimonial y la injusticia hermenéutica. La injusticia testimonial es una variedad de injusticia epistémica que concierne a la transmisión de bienes epistémicos. Y, según Fricker, “se produce cuando los prejuicios llevan a un oyente a otorgar a las palabras de un hablante un grado de credibilidad disminuido” (2017, p. 17). La injusticia hermenéutica, en cambio, concierne a las capacidades desiguales de las personas para comprender y describir el mundo y en particular sus experiencias sociales. Según Fricker, esta forma de injusticia se “produce en una fase anterior, cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales” (2017, p. 18). Pero ciertamente, estas no son las únicas dos formas de injusticias epistémicas y en los últimos años una numerosa e interesante literatura ha surgido con relación a la naturaleza de la injusticia epistémica, sus distintas variedades y sus conexiones a otros fenómenos epistémicos (ver, por ejemplo, De Brasi; Santibañez, 2022; Giladi; McMillan, 2022; Kidd et al., 2017).

Además, recientemente se ha comenzado a prestar mayor atención al fenómeno de las injusticias epistémicas en el contexto legal (ampliamente concebido) en Sudamérica. Por ejemplo, en Brasil, ya se ha hecho referencia explícita al fenómeno en dictámenes de sentencias (Matida et al., 2022). En Argentina, tanto integrantes de la fiscalía como la defensoría analizan casos utilizando el marco de las injusticias epistémicas (Fusca, 2023). Por otro lado, en Chile, en la reciente Asamblea Constitucional se propuso un marco en el cual las justicias epistémicas debían ser consideradas (*El*

Mostrador, 2021). Sin embargo, dado que todos somos susceptibles a cometer injusticias epistémicas (y muy probablemente las cometemos), poco se ha visto en términos de acciones remediales a nivel institucional para que las distintas partes del sistema judicial no las cometan. El objetivo de este artículo es ofrecer, basado en la data empírica relevante, dos ilustraciones de recomendaciones institucionales que contribuyen a disminuir las injusticias epistémicas que los jueces pudieran cometer y concluir, en parte en base a esas recomendaciones, que ni el enfoque individualista ni el estructuralista, que ubican el problema y los cambios necesarios para remediarlo en la mente del individuo o las estructuras de nuestro entorno (respectivamente), son adecuadamente concebidos. Más específicamente, el artículo responde a la pregunta: ¿qué tipo de intervenciones, dada la data empírica disponible, es más probable que sea eficiente?, mostrando que esas intervenciones son híbridas, combinando lo individual y lo estructural, dada la interdependencia de la individual y lo estructural, y ofreciendo, a modo de ilustración, dos ejemplos de distintas estrategias de este tipo de intervenciones.

Rápidamente, los enfoques individualista y estructuralista buscan proveer las explicaciones de las injusticias epistémicas (y de injusticias sociales en general) y, dado lo anterior, ofrecer intervenciones remediales. El enfoque estructuralista afirma que, en vez de buscar las causas de estas injusticias en las mentes de las personas, debemos buscarlas en el entorno de las personas. Y entonces, en vez de intervenir las mentes de las personas, debemos intervenir el entorno que provee los inputs a nuestra maquinaria mental. El enfoque individualista afirma lo contrario.³ En estas posiciones extremas, los enfoques se presentan como competidores (aunque más comúnmente la postura se asume implícitamente; véase, por ejemplo, Gascón, 2022). En otras posiciones más moderadas, se presentan como que uno es más importante que el otro, y por lo tanto se afirma que un enfoque goza de una cierta prioridad por sobre el otro. Por ejemplo, según el estructuralista, cambios estructurales deberían ser priorizados por sobre los individuales (véase, por ejemplo, Langton, 2010; Medina, 2013). Sin embargo, como se argumentará, tanto la tendencia extrema como la

³ A menudo, Fricker (2017) es entendida equivocadamente como simpatizante de esta postura.

moderada, que abundan en la literatura sobre injusticias epistémicas, son erróneas. Los enfoques son compatibles (no competidores) y para lograr un mejor entendimiento del fenómeno e intervenciones más exitosas, no debemos priorizar uno sobre el otro. En otras palabras, necesitamos ambos enfoques para explicar y remediar las injusticias epistémicas y ninguno es más importante que el otro.

1. JUECES, PREJUICIOS Y MOTIVACIONES

Aquí asumo que una de las metas, pero no ciertamente la única, del sistema judicial es promover decisiones que sean razonablemente plausibles.⁴ Para los propósitos de este artículo, decisiones razonablemente plausibles pueden entenderse como decisiones judiciales apoyadas por razones que nos permiten creer que son probablemente correctas. En este sentido, entonces, podemos pensar que el sistema judicial debe promover procedimientos que no interfieran con la búsqueda de la verdad. Claramente las injusticias epistémicas interfieren en dicha búsqueda, como, por ejemplo, cuando un juez, dado un prejuicio relacionado a la identidad social del hablante, no le otorga el grado de credibilidad que debiera darle a su testimonio. De hecho, distintas injusticias epistémicas son el producto de prejuicios identitarios.⁵ Estos prejuicios son estereotipos (negativos y positivos)⁶ que asocian un cierto atributo identitario a una cierta cualidad.

Ahora bien, dadas nuestras limitaciones de información, tiempo y recursos cognitivos, normalmente requerimos de heurísticas para lidiar con el mundo (esto es, atajos cognitivos que nos permiten, dadas esas limitaciones, lidiar con las situaciones que enfrentamos diariamente). En el caso del mundo social, explotamos los estereotipos que poseemos.

⁴ Para un mayor desarrollo acerca de las distintas metas del sistema judicial y de la noción de decisiones razonablemente plausibles, véase De Brasi, 2020.

⁵ Aunque no es necesario que algunos tipos de injusticias epistémicas sean el producto de prejuicios identitarios, aquí me concentro solamente en las injusticias epistémicas que son productos de esos prejuicios.

⁶ Ver, por ejemplo, Davies (2016) en relación con el rol de los estereotipos positivos en las injusticias epistémicas. Cf. Fricker, 2017.

Estos son ciertamente atajos cognitivos riesgosos (ciertamente, como toda heurística, no garantizan la verdad) pero necesarios para poder llevar a cabo nuestra cognición social. Por ejemplo, muchas veces la persona que nos ofrece testimonio es un extraño sobre el cual no poseemos información suficiente ni tiempo para conseguirla. Entonces algún atributo identitario, como ser un vendedor de autos usados, nos ayuda a decidir si su testimonio debiese ser aceptado. De hecho, los estereotipos no son intrínsecamente malos desde el punto de vista epistémico y, para repetir, son de hecho necesarios para funcionar adecuadamente en un mundo social complejo. Entonces, siguiendo a Fricker (2017), el fallo epistémico se encuentra en la negligencia epistémica asociada a los estereotipos prejuiciosos: más particularmente, la resistencia a la contra-evidencia. Esto es, enfrentados con evidencia contra la generalización que instancia el estereotipo, simplemente ignorarla o hacerla a un lado a través de alguna racionalización inadecuada.⁷

Por lo tanto, es razonable pensar que, por lo menos, algunos de los tantos estereotipos que todos poseemos sean prejuiciosos y, dado que estas heurísticas funcionan normalmente al nivel sub-personal (esto es, bajo el nivel de consciencia), que su aplicación pase desapercibida.⁸ Y en ese caso, algunos hablan entonces de “sesgos implícitos”, lo cual nos permite apreciar fácilmente cómo, aunque se rechace abierta y sinceramente

⁷ Nótese que el estereotipo no necesariamente debe ser entendido como una generalización universal (por ejemplo, “todas las mujeres ...”) y, muy probablemente, en muchos casos, debe ser entendido como un genérico (“las mujeres...”, en el cual no se especifica si todas, la mayoría o algunas poseen la cualidad atribuida en el estereotipo). Nótese, además, que no todo lo que cuente como contra-evidencia en el primer caso necesariamente lo cantará en el segundo.

⁸ De hecho, siguiendo la teoría de la cognición de *procesos duales* (Evans; Stanovich, 2013), podríamos decir que estas heurísticas pertenecen al *Sistema 1*, que concierne a procesos rápidos, automáticos e involuntarios y produce representaciones eficientes y en paralelo. Por otro lado, el *Sistema 2* concierne a procesos lentos, intencionales y en serie, que requieren de esfuerzo y son computacionalmente costosos. El *Sistema 2* puede evaluar evidencia consciente y deliberadamente, mientras que el *Sistema 1* reacciona a estímulos con carga cognitiva mínima y no son gobernados por lo que Evans y Stanovich (2013) llaman “atención controlada”. El *Sistema 1* es nuestro modo de cognición por defecto porque es rápido y eficiente y los prejuicios y sesgos resultan cuando el *Sistema 2* falla en corregir los outputs del *Sistema 1*.

el racismo, el sexismo y otros males sociales, las dinámicas racistas, sexistas y de otros tipos pueden persistir. Asimismo, estos prejuicios o sesgos implícitos nos permiten explicar cómo personas que profesan una preocupación sincera por el trato justo de las personas pueden de todas maneras cometer injusticias, incluso epistémicas.

Dado lo anterior, es importante entonces que los jueces sean conscientes del rol que ciertos prejuicios o sesgos implícitos pueden jugar en su cognición. Esto no se debe a que uno esperaría que tal autoconsciencia pueda generar por sí sola los cambios deseados, sino más bien para que las personas aprecien la posibilidad de mantener prejuicios implícitos y comprendan las consecuencias significativas de estos. De esta manera, se busca motivar a los jueces a realizar los entrenamientos requeridos para combatir los prejuicios que pudieran afectar sus decisiones. Ciertamente, si no reconocemos que estamos sesgados, es poco probable que iniciemos algún proceso para remediar la situación. No es suficiente tener la habilidad de identificar y evitar prejuicios, debemos también tener la inclinación para hacerlo. Más aún, esto puede ser difícil si requiere una inversión substancial de esfuerzo y recursos cognitivos. Después de todo, tenemos la tendencia natural a pensar que nuestros juicios son más objetivos de lo que realmente lo son (Pronin et al., 2002). En particular, fallamos en apreciar nuestros sesgos (pero no así lo de los otros).⁹ Esto es, tenemos un punto ciego en relación con nuestros sesgos, e incluso gente muy inteligente (West et al., 2012), lo posee. Además, tenemos la tendencia natural a resistirnos

⁹ Entonces pensamos que somos menos sesgados que otros. Esto se debe a la asimetría sobre cómo adquirimos la información en la cual basamos estos juicios. La introspección es utilizada en nuestro caso (y la percepción de nuestra conducta ignorada), mientras que la percepción (de la conducta) es utilizada para los otros (Pronin; Kluger, 2007). Y aunque tenemos poco, si algún, acceso a los procesos cognitivos (Nisbett; Wilson, 1977), en vez de los resultados de estos (y por lo tanto la introspección no nos ofrece buenas evidencias de falta de sesgos que operan generalmente por debajo de la consciencia), la gente le da un peso epistémico especial a la introspección como fuente de evidencia acerca de uno mismo. La evidencia conductual en cambio es generalmente mucho más confiable para determinar si uno posee un sesgo o no. Por eso la gente es ciega a sus propios sesgos, pero rápida para notar los de los otros. La gente confunde ausencia de evidencia de sesgos con evidencia de ausencia de sesgos (Cheek; Pronin, 2022).

al cambio y perseverar con el *statu quo* (Jost, 2015). En particular, se busca que los jueces aprecien los cambios institucionales relevantes como deseables y asequibles. Después de todo, son las personas (por lo menos algunas) las que llevan adelante los cambios y, como lo indica la investigación empírica (Stewart; Latu; Branscombe; Denney, 2010), para lograr los cambios institucionales requeridos estas deben considerar tales cambios como deseables y creer que tienen el poder de generarlos. De hecho, como Fricker (2010, 2017) ha notado, es *necesario* ser consciente del impacto epistémico de los prejuicios y estar adecuadamente motivado para poder neutralizarlos. Pero, ciertamente, eso no es *suficiente* y, a modo de ejemplo, se presentan dos intervenciones institucionales remediales: el entrenamiento de pensamiento estructural y ciertos cambios estructurales relacionados a la consideración de perspectivas diversas. Pero, desde ya, estas medidas no son ofrecidas como individualmente necesarias.¹⁰ Menos aún como conjuntamente suficientes. Seguramente un conjunto amplio de medidas debe ser adoptado para ayudar a evitar usar los estereotipos prejuiciosos o eliminarlos en el caso de los jueces (así como en el de otros actores). El remediar las injusticias epistémicas es un proyecto complejo que requiere una variedad de estrategias (como se verá más adelante). Teniendo esto en cuenta, veamos los dos ejemplos.

2. ENTRENAMIENTO DE PENSAMIENTO ESTRUCTURAL

La literatura psicológica ha documentado la tendencia que tenemos hacia el pensamiento internista: la tendencia a buscar causas y explicaciones dentro de las categorías (esto es, atribuir propiedades a los miembros de las categorías como factores esenciales e inherentes; Cimpian; Salomon, 2014). No consideramos generalmente factores externos como posibles causas y explicaciones. Por otra parte, el pensamiento estructuralista ubica al objeto de la explicación en un contexto más amplio e identifica restricciones estructurales que actúan en él (Vasilyeva et al., 2018).

¹⁰ Después de todo, alguna alternativa podría ser más efectiva. Dado lo limitado que es nuestro conocimiento sobre el funcionamiento de nuestras mentes y cómo lidiar con nuestros sesgos, debemos estar abiertos a cambios.

Por ejemplo, no es por falta de talento o competencia que se explica un determinado hecho, sino en términos de barreras estructurales.

El entrenamiento de pensamiento estructural promueve el pensamiento estructural como una intervención contra la conducta discriminatoria y su objetivo es poder evitar representaciones mentales erróneas y entender la realidad social de manera correcta. Este pensamiento estructural contrarresta el pensamiento internista que concierne a factores individualistas y está detrás de los prejuicios (Allport, 1954; Haslam et al., 2002; Rhodes; Mandalaywala, 2017). Cuando los atributos de los miembros de grupos sociales son vistos como fijos y que derivan de un núcleo interno, la gente tiende a utilizar estereotipos. Entonces, el pensamiento estructural, con su énfasis en factores estructurales, nos puede alejar del tipo de procesos cognitivos que nos llevan a los juicios problemáticos acerca de otras personas. De hecho, el pensamiento estructural puede neutralizar este tipo de inferencias que automáticamente realizamos cuando enfrentamos individuos de un determinado grupo social (Vasilyeva et al., 2018; Vasilyeva; Lombrozo, 2020).¹¹ De esta manera, el pensamiento estructural, al interferir con los estereotipos prejuiciosos que tenemos, puede disminuir las injusticias epistémicas.

Por ejemplo, en el caso de injusticias hermenéuticas, este tipo de pensamiento puede ayudarnos a considerar que la falta de comprensión relacionada con lo que una persona dice no se debe a esa persona ser inherentemente ininteligible, sino, por ejemplo, por un desajuste en las posiciones sociales que cada uno ocupa que hace que la comunicación sea desafiante. Ciertamente esta estrategia no es presentada como suficiente para eliminar toda injusticia epistémica (ni tampoco toda injusticia hermenéutica). Sin embargo, entrenando a una persona a considerar explicaciones no internistas puede mitigar, en algunos casos, los efectos negativos de los estereotipos prejuiciosos (cortando esos patrones

¹¹ Aunque no todos los factores situacionales (como, por ejemplo, encontrar tráfico dado un accidente) son factores estructurales (ya que estos son factores estables), Stewart; Latu; Kawakami; Myers (2010) muestran como tomar en cuenta ciertos factores externos de esta primera categoría, ampliamente construida, reduce los prejuicios. Además, muestran cómo el proceso de entrenamiento relacionado a estos factores es efectivo en la reducción de los prejuicios.

inferenciales automáticos), aunque no los subsane por completo. Esto último se debe principalmente porque no elimina el estereotipo en una ocasión dada, sino que lo evita (aunque el continuo empleo del pensamiento estructural podría facilitar el cambio, en el tiempo, de los estereotipos poseídos, dada la nueva evidencia disponible a través de su uso).

3. CAMBIOS INSTITUCIONALES RELACIONADOS A LA CONSIDERACIÓN DE DIVERSAS PERSPECTIVAS

Otra estrategia para combatir los prejuicios, que goza de buen apoyo empírico, es la de toma de perspectivas. El punto clave es tener mejor conocimiento y entendimiento de las posiciones de los otros, e intervenciones que promueven la toma de perspectivas reducen los sesgos implícitos (Todd et al., 2011). Por lo tanto, como ha sido notado en la literatura filosófica por Fricker (2017) y otros, imaginar los puntos de vista de otros puede reducir la injusticia testimonial y hermenéutica. Asimismo, no es una sorpresa que grupos diversos consideran un mayor rango de perspectivas. La película *12 Angry Men* de Sidney Lumet nos permite claramente apreciar esa posibilidad y, de hecho, jurados que son racialmente diversos consideran un mayor rango de perspectivas, además de recordar más fielmente hechos del caso y testimonios, que jurados homogéneos (Sommers, 2006).¹²

Dado lo anterior, un cambio institucional deseable (dada la meta de promover decisiones que sean razonablemente plausibles) relacionado a la consideración de diversas perspectivas para promover el conocimiento y comprensión de otros puntos de vista por parte de los jueces es el de cortes colegiadas (en vez de cortes unipersonales) con jueces diversos (en términos de identidades sociales, como ser raza y género) que practican la deliberación grupal (en vez de simplemente votar a favor o en contra de un veredicto dado). En esa deliberación conjunta, los jueces diversos contemplan más perspectivas que pueden reducir sus prejuicios. En particular, cuando la deliberación es cooperativa y el contacto entre sus

¹² Véase también Rasmussen et al., 2018 y Skorinko et al., 2014 en relación con el efecto de la toma de perspectivas a las actitudes punitivas de los jurados y jóvenes.

partes (diversas) positivo, se reducen tanto los prejuicios implícitos como los explícitos (Pettigrew, 1998, 2018).

Ahora bien, para lograr este tipo de deliberación cooperativa y positiva, un cierto carácter intelectual es requerido por parte de los deliberadores. Mínimamente, estos deben ser intelectualmente humildes (De Brasi, 2021). Esto es, no sobreestiman ni subestiman sus conocimientos y capacidades. La humildad intelectual inhibe la arrogancia epistémica (sin menospreciar el conocimiento y capacidades que uno posee), lo cual abre la posibilidad de escuchar atenta y cuidadosamente a otras perspectivas y con eso la posibilidad de un diálogo productivo entre los deliberadores. Asimismo, este tipo de deliberación con jueces diversos y humildes también auspicia la reducción de errores en las decisiones judiciales relacionados con otros déficits cognitivos, como el razonamiento motivado y otros sesgos no relacionados a los prejuicios (De Brasi, 2020).¹³

Entonces, si la plausibilidad de las decisiones judiciales es crucial (por ejemplo, en el caso de cortes criminales), deberíamos promover cortes colegiadas deliberativas con jueces diversos y humildes. Siendo esto así, por una parte, uno de los criterios para tener en cuenta en la designación de jueces a un caso particular es la diversidad identitaria entre estos y relevante al caso. Por otra parte, dos criterios para tener en cuenta en el nombramiento de jueces son su diversidad identitaria y su humildad intelectual. Para satisfacer el primero, seguramente es necesario instalar políticas de inclusión educativas y laborales eficientes que promuevan el desarrollo de personas con diferentes identidades sociales hasta el rango de juez. Para satisfacer el segundo, las personas pueden ser entrenadas

¹³ El hecho de que las distintas partes del grupo (en este caso, cada uno de los jueces) sea sesgado no implica que el todo lo sea (Kelly; McGrath, 2022). Después de todo, los sesgos que poseemos individualmente pueden solo ser sesgos cuando trabajamos en aislamiento, pero auspiciar una cierta división del trabajo cognitivo cuando trabajamos dialécticamente con otros (Mercier; Sperber, 2017). Por otro lado, la investigación empírica muestra como los grupos tienden a ser más eficientes en resolver problemas que admiten de soluciones complejas que pueden ser demostradas como correctas (Larson, 2010; Moshman; Geil, 1998). Por supuesto, no todo grupo es eficiente y existe una amplia literatura sobre los aspectos negativos de las dinámicas de grupo que lo muestra. Pero, para repetir, aquí solo nos concierne grupos relevantemente diversos y compuestos por individuos intelectualmente humildes. Para mayor desarrollo de estos asuntos, véase De Brasi, 2020, 2021.

para desarrollar hábitos cognitivos como la humildad intelectual (Baehr, 2021) y por lo tanto tal entrenamiento podría realizarse en la escuela judicial (e idealmente antes). Por lo tanto, la consideración de diversas perspectivas requiere, mínimamente, de políticas de inclusión (que se extienden más allá del sistema judicial) y el desarrollo, a través de entrenamiento, de un carácter intelectual humilde.

Habiendo presentado los dos ejemplos de intervenciones institucionales, en los cuales se busca cambiar al individuo mediante ciertos entrenamientos, el diseño institucional y políticas dentro (y fuera) del sistema judicial, consideremos la relación entre los enfoques individualistas y estructuralistas.

4. LOS ENFOQUES INDIVIDUALISTA Y ESTRUCTURALISTA

Como dijimos anteriormente, los enfoques individualista y estructuralista buscan proveer las explicaciones de las injusticias epistémicas (y de injusticias sociales en general) y, dado esto, ofrecer intervenciones remediales. El enfoque individualista explica la injusticia epistémica como resultado de la psicología de los individuos. El enfoque estructuralista lo hace en términos de factores que van más allá del individuo, incluyendo instituciones, leyes, políticas y normas sociales, entre otras cosas. A menudo estos enfoques son vistos como competidores y verlos de esa manera sugiere que solo un enfoque puede ofrecer una explicación adecuada de las injusticias epistémicas.

En el enfoque estructuralista, vemos a los individuos como situados en una red de relaciones dentro de una estructura (Haslanger, 2016). El enfoque nos exige considerar el lugar que un individuo ocupa en la estructura, como está conectado a otros individuos, y aspectos generales y restricciones estables de la estructura. De esta manera, vemos como la conducta (epistémica) de cualquiera de las partes de la estructura depende de las interacciones con las otras y es restringida por la estructura. Entonces, el enfoque estructural puede revelar formas de injusticia epistémica que pueden pasar desapercibidas en el individualista (Anderson, 2012; Ayala-Lopez, 2018). Por lo tanto, el enfoque estructuralista pareciera ser el ganador.

Ahora bien, dado que dijimos que las injusticias epistémicas son el producto de prejuicios (esto es, de aspectos de la psicología de los individuos), entonces podría parecer en cambio que el ganador es el enfoque individualista. Sin embargo, muy plausiblemente, los estereotipos en los cuales los prejuicios se basan son culturales (Collins 2000) y los individuos los internalizan (Zheng, 2018). Las mentes de los individuos deben estar en sintonía con su entorno social y por lo tanto internalizan estereotipos, entre otras cosas, para su mejor adaptación y sobrevivencia (Zawidzki, 2013).¹⁴ Este tipo de aproximación general admite que los prejuicios existen en las mentes de los individuos pero, crucialmente, sugieren que estos no pueden ser entendidos adecuadamente sin considerar el entorno social de los individuos. Cuando la gente internaliza estereotipos, sus mentes adquieren representaciones de la sociedad a la que pertenecen. De hecho, en este tipo de aproximación, las fuentes de los prejuicios están en el entorno social. Así entonces se conecta al prejuicio con el entorno y por lo tanto sugiere que la psicología y la estructura están entrelazadas.

Dada esta interconexión entre elementos estructurales e individuales, es ciertamente demasiado simple pensar que la explicación debe ser estructural o individual. Además, aunque sea menos extremo hablar de prioridades, la anterior interconexión también sugiere que puede ser inadecuado explicar el fenómeno enfatizando la mente del individuo o la realidad social de este. No hay un enfoque superior al otro. Y esto se puede apreciar en el tipo de intervenciones que gozan de buen apoyo empírico para mitigar o remediar los efectos de los prejuicios. Después de todo, si la raíz del problema fuera puramente estructural, uno esperaría que la solución fuera solo estructural. Así entonces uno en principio podría eliminar la estructura para eliminar la injusticia. Pero, como hemos visto, el entrenamiento de pensamiento estructural combina elementos individualistas y estructurales, ya que apunta a como individuos piensan acerca de las estructuras. Y el cambio de diseño institucional va de la mano no solo con políticas de inclusión sino también con cambios en el carácter intelectual del individuo. Estas intervenciones reconocen

¹⁴ Ciertamente hay más posiciones que sugieren la existencia de aspectos más allá del individuo para entender los prejuicios. Aquí solo se ofrece esta a modo de ejemplo.

que tanto la psicología de los individuos como los factores estructurales contribuyen a producir injusticias epistémicas.

Además, las estructuras no cambian solas, los individuos las cambian. Mínimamente, para eliminar una estructura injusta, ciertos individuos deben desear eliminarla. Como hemos visto, para lograr cambios estructurales debemos prestarle atención a los individuos y sus estados mentales, particularmente sus motivaciones. Y, aunque necesario, no es fácil hacer que la gente se preocupe por estos asuntos. Tanto nuestro sesgo contra el cambio como nuestro punto ciego acerca de nuestros sesgos hacen que la tarea sea difícil. Pero, también, debemos preocuparnos de los estereotipos que poseemos. Por un lado, porque nuestras mentes pueden sostener estructuras injustas (Mandalaywala et al., 2018; Ridgeway, 2014). Por otro lado, porque nuestros prejuicios juegan un rol importante en determinar la voluntad de apoyar o no cambios estructurales (Cooley et al., 2019; Harell et al., 2016).

Las injusticias epistémicas son el producto de factores individuales y estructurales. Asimismo, las estrategias remediales se pueden y deben combinar de distintas maneras. Algunas combinaciones serán mejores que otras y variarán dependiendo del contexto y los individuos. La mejor manera de combinarlos dependerá de los factores individuales y estructurales del caso particular y cómo generan el fenómeno.

Dicho eso, nótese que existen distintos tipos de combinaciones. Una manera de combinar estrategias remediales consiste en implementar en conjunto una serie de estrategias puramente individualistas y puramente estructuralistas. Este enfoque sería apropiado si los factores individuales y estructurales fueran independientes, en el sentido que el efecto del factor individual es el mismo, independientemente de la estructura en la cual la persona se encuentra, y el efecto del factor estructural es el mismo, independientemente del tipo de individuo que se encuentra en ella (Kihlstrom, 2013). Esta independencia permitiría que las estrategias no riñan entre sí y puedan ser efectivas. Pero, como hemos visto, los factores individuales y estructurales no son independientes de esa manera y, por lo tanto, las estrategias deben ser híbridas (Bland, 2020).

Estas estrategias híbridas pueden ser de distintos tipos. Por ejemplo, la atribución de pensamiento estructural es una estrategia

híbrida en el sentido que tiene como objetivo cambiar el tipo de pensamiento del individuo para que este tome en cuenta los factores estructurales. Este tipo de estrategia de adentro-hacia-afuera busca cambiar lo interno para poder tomar en cuenta lo externo. Por otro lado, el cambio institucional relacionado a cortes colegiadas y deliberativas aquí presentado no solo requiere cambios de políticas sino también cambios en la psicología del individuo. De esta manera, se busca diseñar entornos (por ejemplo, mediante reformas educacionales) para fomentar cierto carácter intelectual. Este tipo de estrategia de afuera-hacia-adentro busca cambiar lo externo para generar las condiciones internas que permitan mejoras.

Las intervenciones remediales eficientes no son simplemente la suma de intervenciones puramente personales y/o intervenciones puramente estructurales. Desde ya los enfoques individualista y estructuralista no son competidores. Además, la relación entre lo individual y lo estructural es compleja e interdependiente, lo cual se aprecia en los distintos tipos de estrategias que la investigación empírica sugiere. Dado esto, no debemos darle la prioridad a uno de los dos enfoques. Lograr los cambios estructurales requiere de cambios en la psicología de los individuos, y lograr los cambios individuales requiere de cambios estructurales. Las estructuras cambian cuando las actitudes cambian, y viceversa. Nuestros prejuicios, motivaciones y estructuras sociales están interconectados y se refuerzan mutuamente. Ningún enfoque es más importante que el otro para ser priorizado y debemos tomar las dos en cuenta si le vamos a hacer justicia al fenómeno de las injusticias epistémicas.

Además, nótese que sería igualmente erróneo pensar que la estructura nos brinda una explicación más básica, aunque no prioritaria. Por ejemplo, pensar que mientras el enfoque individualista nos ofrece causas inmediatas o gatilladoras, relacionadas con la psicología de los individuos y sus decisiones, el enfoque estructural nos ofrece causas distantes pero anteriores y más fundamentales, relacionadas con el origen de los prejuicios. En ese caso, el enfoque estructural nos ofrecería lo que causa los prejuicios en primer lugar (Kukla, 2014). Sin embargo, distintos individuos actúan de distintas maneras en las mismas situaciones. Las diferencias individuales nos permiten explicar,

por ejemplo, por qué algunos individuos adoptan ciertos estereotipos (y en la medida que lo hacen), mientras otros no. A veces los individuos sustentan la estructura y a veces la socavan. Las estructuras sociales moldean los individuos y los individuos a las estructuras sociales. Siendo esto así, necesitamos los dos enfoques para entender la injusticia epistémica adecuadamente.

Entonces una mejor manera de entender el enfoque estructural que no lo limita a causas distantes ni subestima el rol del individuo es situando al individuo en una red de relaciones dentro de una estructura e identificando como las relaciones entre las partes y el todo modifican las probabilidades que ciertas conductas se den en el sistema (Vasilyeva et al., 2018). Las estructuras hacen que algunas decisiones y acciones sean más difíciles de tomar que otras (o ni siquiera sean una opción), para cualquier individuo en las mismas situaciones. Las estructuras entonces influyen directamente lo que hacemos en un momento dado, sin menospreciar el rol del individuo.

CONCLUSIÓN

Como hemos visto, lo que pasa dentro de nuestras mentes es incompleto para explicar plausiblemente el fenómeno de las injusticias epistémicas. Lo que pasa fuera de ellas es igualmente incompleto para explicarlo. La relación entre los enfoques es tal que deberían ser utilizados en conjunto para un entendimiento más exhaustivo y profundo de las injusticias epistémicas. Los dos enfoques son necesarios para explicar el fenómeno, como algunos han entendido (Fricker, 2012, 2017), y para transformar y mejorar el mundo, como las recomendaciones institucionales aquí ofrecidas lo demuestran. En particular, respondiendo a la pregunta: ¿qué *tipo* de intervenciones, dada la data empírica disponible, es más probable que sea eficiente?, hemos visto que las intervenciones remediales eficientes no son simplemente la suma de intervenciones puramente personales y/o intervenciones puramente estructurales sino más bien intervenciones híbridas que combinan lo individual y lo estructural, dada la interdependencia de lo individual y lo estructural. Estas intervenciones se pueden concretar tanto por medio de la estrategia de adentro-hacia-afuera

que busca cambiar lo interno para poder tomar en cuenta lo externo y que ejemplifica el entrenamiento de la atribución de pensamiento estructural, como por medio de la estrategia de afuera-hacia-adentro que busca cambiar lo externo para generar las condiciones internas que permitan las mejoras deseadas y que ejemplifica el cambio institucional relacionado a cortes colegiadas y deliberativas.

Los enfoques individualista y estructuralista no son competidores. Cada enfoque tiene su lugar en el análisis de las injusticias epistémicas y son interdependientes. Entonces, debemos rechazar la elección entre un enfoque y otro o priorizar uno de ellos, contrario a lo que algunos sugieren.¹⁵ Importantemente, dada la data empírica disponible, las intervenciones remediales deben ser híbridas si queremos que tengan mejores chances de éxito.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLPORT, Gordon. *The Nature of Prejudice*. Reading: Addison-Wesley, 1954.
- ANDERSON, Elizabeth. Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions. *Social Epistemology*, Colchester, v. 26, n. 2, p. 163-173, 2012. <https://doi.org/10.1080/02691728.2011.652211>
- AYALA-LOPEZ, Saray. A Structural Explanation of Injustice in Conversations: It's about Norms. *Pacific Philosophical Quarterly*, California, v. 99, n.4, p. 726-748, 2018. <https://doi.org/10.1111/papq.12244>
- BAEHR, Jason. *Deep in Thought: A practical guide to teaching for intellectual virtues*. Cambridge: Harvard University Press, 2021.
- BLAND, Steven. An interactionist approach to cognitive debiasing. *Episteme*, Cambridge, v. 19, n. 1, p. 66-88, 2020. <https://doi.org/10.1017/epi.2020.9>
- CHEEK, Nathan; PRONIN, Emily. I'm right, you're biased: how we understand ourselves and others. In: BALLANTYNE, Nathan; DUNNING, David (org.). *Reason, Bias and Inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 35-59.

¹⁵ Esta tendencia errónea en ver los enfoques como competidores o uno más importante que el otro puede explicarse, en parte, por la fuerte tendencia a explicar un evento dado como el producto de una sola causa (Kuhn; Iordanou, 2022). Dada esta tendencia natural, nos parece que es mi causa o tu causa la que debe ser correcta.

CIMPIAN, Andrei; SALOMON, Erika. The Inherence Heuristic: An Intuitive Means of Making Sense of the World and a Potential Precursor to Psychological Essentialism. *Behavioral and Brain Sciences*, Cambridge, v. 37, n. 5, p. 461-480, 2014. <https://doi.org/10.1017/S0140525X13002197>

COLLINS, Patricia. *Black feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment*. Londres: Routledge, 2000.

COOLEY, Erin; BROWN-IANNUZZI, Jazmin; BOUDREAU, Caroline. Shifting stereotypes of welfare recipients can reverse racial biases in support for wealth redistribution. *Social Psychological and Personality Science*, Purdue, v. 10, n. 8, p. 1065-1074, 2019. <https://doi.org/10.1177/1948550619829062>

DAVIES, Emmalon. Typecast, Tokens and Spokepersons: A Case for Credibility Excess as Testimonial Injustice. *Hypathia*, Cambridge, v. 31, n. 3, p. 485-501, 2016. <https://doi.org/10.1111/hypa.12251>

DE BRASI, Leandro. Judicial Decisions, Intellectual Virtues and the Division of Labour. *The International Journal of Evidence and Proof*, Londres, v. 24, n. 2, p. 142-61, 2020. <https://doi.org/10.1177/1365712719894007>

DE BRASI, Leandro. Deliberation. In: GLAVEANU, Vlad (org.). *The Palgrave Encyclopedia of the Possible*. Londres: Palgrave, 2021. https://doi.org/10.1007/978-3-319-98390-5_198-1

DE BRASI, Leandro; SANTIBAÑEZ, Cristian. *Injusticia s epistémicas: Análisis y contextos*. Lima: Palestra Editores, 2022.

EL MOSTRADOR. Por el derecho a la ciencia: Cristina Dorador ingresa propuesta de norma constitucional que garantiza la toma de decisión en base a evidencia científica. *El Mostrador*, 17 de diciembre de 2021. <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/12/17/por-el-derecho-a-la-ciencia-cristina-dorador-ingresa-propuesta-de-norma-constitucional-que-garantiza-la-toma-de-decision-en-base-a-evidencia-cientifica/>. Acceso en: 21 diciembre 2021.

EVANS, Jonathan; STANOVICH, Keith. Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives in Psychological Science*, Thousand Oaks, v. 8, n. 3, p. 223-241, 2013. <https://doi.org/10.1177/1745691612460685>

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Traducción de R. García Perez. Editorial Herder, 2017.

FRICKER, Miranda. Replies to Alcott, Goldberg and Hookway on Epistemic Injustice. *Episteme*, Cambridge, v. 7, n. 2, p. 164-178, 2010. <https://doi.org/10.3366/E1742360010000894>

FRICKER, Miranda. Silence and Institutional Silence. In: CRASNOW Sharon; SUPERSON Anita. (org.). *Out from the Shadows*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 287-306.

FUSCA, Daiana. El tratamiento judicial de las violencias sexuales en contexto de encierro. In: PITLEVNIK, Luis; MUÑOZ, Diego. (org.). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, v. 33. Buenos Aires: Hammurabi, 2023.

GASCÓN, José. La injusticia epistémica y los límites de la virtud. In: DE BRASI, Leandro; SANTIBAÑEZ, Cristian. (org.). *Injusticias epistémicas*. Lima: Palestra Editores, 2022. p. 133-155.

GILADI, Paul; MCMILLAN, Nicola. *Epistemic Injustice and the Philosophy of Recognition*. Londres: Routledge, 2022.

HASLAM, Nick; ROTHSCHILD, Louise; ERNST, Donald. Are Essentialist Beliefs Associated with Prejudice? *British Journal of Social Psychology*, Bristol, v. 41, n. 1, p. 113-127, 2002. 10.1348/014466602165072

HASLANGER, Sally. What is a (social) structural explanation? *Philosophical Studies*, Washington, v. 173, p. 113-130, 2016. <https://doi.org/10.1007/s11098-014-0434-5>

HARELL, Allison; SOROKA, Stuart; IYENGAR, Shanto. Race, prejudice and attitudes toward redistribution: A comparative experimental approach. *European Journal of Political Research*, Londres, v. 55, p. 723-744, 2016. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12158>

JOST, John. Resistance to change: A Social Psychological Perspective. *Social Research*, Nueva York, v. 82, n. 3, p. 607-636, 2015.

KELLY, Thomas; MCGRATH, Steven. Bias: Some Conceptual Geography. In: BALLANTYNE Nathan; DUNNING, David. (org.). *Reason, Bias and Inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 11-34.

KHILSTROM, John. The person-situation interaction. In: CARLSTON, Donal. (org.). *The Oxford Handbook of Social Cognition*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 786-806.

KIDD, Ian; MEDINA, José; POHLHAUS, Gaile. (org.). *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Londres: Routledge, 2017.

KUHN, Diana; IORDANOU, Kalypso. Why do people argue past one another rather than with one another? In: BALLANTYNE, Nathan; DUNNING, David. (org.). *Reason, Bias and Inquiry*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 324-338.

KUKLA, Rebecca. Performative force, norm and discursive injustice. *Hypatia*, Cambridge, v. 29, n. 2, p. 440-457, 2014. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2012.01316.x>

LANGTON, Rae. Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing. By Miranda Fricker. *Hypatia*, Cambridge, v. 25, n. 2, p.459-464, 2010. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2010.01098.x>

LARSON, James. *In Search of Synergy in Small Group Performance*. New York: Psychology Press, 2010.

MANDALAYWALA, Tara; AMODIO, David; RHODES, Marjorie. Essentialism promotes racial prejudice by increasing endorsement of social hierarchies. *Social Psychology and Personality Science*, Londres, v. 9, p. 461-469, 2018. <https://doi.org/10.1177/1948550617707020>

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel; NARDELLI, Marcella. A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta. *Consultor Jurídico*, 4 de marzo de 2022. <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/limite-penal-injustica-epistemica-oficialmente-pauta>. Acesso em: 27 novembro 2022.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. *The Enigma of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

MOSHMAN, David; GEIL, Molly. Collaborative reasoning: Evidence for collective rationality. *Thinking and Reasoning*, Londres, v. 4, n. 3, p. 231-248, 1998. <https://doi.org/10.1080/135467898394148>

NISBETT, Richard; WILSON, Timothy. Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes. *Psychological Review*, Washington, v. 84, n. 3, p. 231-259, 1977. <https://doi.org/10.1037/0033-295X.84.3.231>

PETTIGREW, Thomas. Intergroup contact theory. *Annual review of Psychology*, Danvers, v. 49, p. 65-85, 1998. <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.49.1.65>

PETTIGREW, Thomas. The emergence of contextual social psychology. *Personality and Social Psychology Bulletin*, North Dakota, v. 44, p. 963-971, 2018. <https://doi.org/10.1177/0146167218756033>

PRONIN, Emily; KLUGER, Matthew. Valuing thoughts, ignoring behaviour: The introspection illusion as a source of the bias blindspot. *Journal of experimental social psychology*, Toronto, v. 43, n. 4, p. 565-578, 2007. <https://doi.org/10.1016/j.jesp.2006.05.011>

RHODES, Marjorie; MANDALAYWALA, Tara. The development and developmental consequences of social essentialism. *WIREs Cognitive Science*, Londres, v. 8, e1437, 2017. <https://doi.org/10.1002/wcs.1437>

RIDGEWAY, Cecilia. Why status matters for inequality. *American Sociological Review*, Washington, v. 79, p. 1-16, 2014. <https://doi.org/10.1177/0003122413515997>

SOMMERS, Samuel. On racial diversity and group decision making: Identifying multiple effects of racial composition on jury deliberations. *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, v. 90, n. 4, p. 597-612, 2006. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.90.4.597>

STEWART, Tracie; LATU, Ioana; BRANSCOMBE, Nyla; DENNEY, Ted. Yes we can! Prejudice reduction through seeing (inequality) and believing (in social change). *Psychological Science*, Atlanta, v. 21, n. 11, p. 1557-1562, 2010. <https://doi.org/10.1177/0956797610385354>

STEWART, Tracie; LATU, Ioana; KAWAKAMI, Kerry; MYERS, Ashley. Consider the situation: Reducing automatic stereotyping through Situational Attribution Training. *Journal of Experimental Social Psychology*, Toronto, v. 46, p. 221-225, 2010. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jesp.2009.09.004>

TODD, Andrew; BODENHAUSEN, Galen; RICHESON, Jennifer; GALINSKY, Adam. Perspective taking combats automatic expressions of racial bias. *Journal of Personality and Social Psychology*, Washington, v. 100, p. 1027-1042, 2011. <https://doi.org/10.1037/a0022308>

VASILYEVA, Nadya; GOPNIK, Alison; LOMBROZO, Tania. The development of structural thinking about social categories. *Developmental Psychology*, Washington, v. 54, n. 9, p. 1735-1744, 2018. <https://doi.org/10.1037/dev0000555>

VASILYEVA, Nadya; LOMBROZO, Tania. Structural thinking about social categories: Evidence from formal explanations, generics and generalization. *Cognition*, St. Louis, v. 204, e104383, 2020. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2020.104383>

WEST, Richard; MESERVE, Russell; STANOVICH, Keith. Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot. *Journal of personality and social psychology*, Washington, v. 103, n. 3, p. 506-519, 2012. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1037/a0028857>

ZAWIDZKI, Tad. *Mindshaping: A New Framework for Understanding Human Social Cognition*. Cambridge: MIT Press, 2013.

ZHENG, Robin. Bias, structure, and injustice: A reply to Haslanger. *Feminist Philosophy Quarterly*, Waterloo, v. 4, n. 1, p. 1-30, 2018. <https://doi.org/10.5206/fpq/2018.1.4>

Authorship information

Leandro De Brasi. Doctor en Filosofía por la Universidad de Londres (Reino Unido). Profesor Asociado del Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de La Frontera (Chile) e Investigador Visitante del Departamento de Filosofía del King's College London, (Reino Unido). Director del Centro de Estudios Filosóficos (UFRO-CEF), Profesor Adjunto de Imputatio: Centro de Análisis sobre la Atribución de Intenciones y la Imputación de Responsabilidades y miembro de la Red Latinoamericana de Epistemología Jurídica. leandro.debrasi@ufrontera.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: The work for this article has been supported by the Fondecyt Regular 1210724 (ANID, Chile). The author thanks the audience at Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho 2022, organized by Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social at Universidad Austral de Chile, Valdivia, for their comments and particularly to Daniela Accatino and Flavia Carbonell. Thanks are also due to Pablo Marshall and Patricio Mena Malet.

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 30/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 13/01/2023
- Review 2: 23/01/2023
- Preliminary editorial decision: 12/02/2023
- Correction round return: 22/02/2023
- Final editorial decision: 08/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DE BRASI, Leandro. Jueces e injusticias epistémicas: Recomendaciones institucionales y la interdependencia de lo individual y lo estructural. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 237-259, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.794>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.

¿Es útil el concepto de injusticia epistémica para los procedimientos penales?¹

Is the concept of epistemic injustice useful for criminal procedures?


Rodrigo Coloma²

Universidad Alberto Hurtado – Santiago/Chile
rcoloma@uahurtado.cl

 <https://orcid.org/0000-0003-3347-7625>

Florencia Rimoldi³

Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires/Argentina
frimoldi@filo.uba.ar

 <https://orcid.org/0000-0001-8695-8241>

RESUMEN: Este texto aborda la pregunta de si el concepto de injusticia epistémica es útil para evaluar el diseño de los procedimientos penales. La irrupción de este concepto cobra especial sentido en un escenario en que juristas muestran creciente interés por la epistemología. El ejercicio de traslación de esta última hacia lo jurídico, sin embargo, ha sido incompleto, pues se ha descuidado su dimensión social y ética. Recientes precisiones de los contornos de la injusticia epistémica llevan a prestar atención a cuestiones de índole estructural. El concepto exhibe así su potencial para repensar los procedimientos penales, tanto desde su dimensión metodológica como simbólica, sobre todo si se presta atención a la noción de agencia epistémica.

¹ Este artículo es producto de las investigaciones de «Imputatio: Centro de Análisis sobre la atribución de intenciones y la imputación de responsabilidades» de la Universidad Alberto Hurtado, y del proyecto UBACyT “Injusticia epistémica y epistemología del testimonio”, de la Universidad de Buenos Aires. El orden de autoría es estrictamente alfabético. La contribución al texto final es equivalente.

² Profesor titular de la Facultad de Derecho. Doctor en Derecho.

³ Profesora Asociada. Doctora en Filosofía.

PALABRAS CLAVES: Credibilidad; Injusticia epistémica; Procesos penales; Instituciones; Agencia Epistémica.

ABSTRACT: *This article addresses the question of whether the concept of epistemic injustice is useful in the evaluation of the design of criminal procedures. The irruption of this concept makes special sense in a scenario in which jurists show a growing interest in epistemology. The exercise of translation of the latter towards the legal, however, has been incomplete, since its social and ethical dimensions have been neglected. Recent clarifications of the contours of epistemic injustice, lead towards paying attention to issues structural in nature. The concept thus exhibits its potential to rethink criminal procedures, both from its methodological and symbolic dimension, especially if attention is paid to the notion of epistemic agency.*

KEYWORDS: *Credibility; Epistemic Injustice; Criminal trials; Institutions; Epistemic Agency.*

CONTENIDOS: Introducción; 1. Procesos penales: Entre propósitos metodológicos y simbólicos; 1.1 Propósito metodológico (o instrumental) de los procesos judiciales en su vertiente probatoria; 1.2 Propósito simbólico del proceso penal en su dimensión probatoria; 1.3. La función de los casos concretos para ilustrar la totalidad; 2. Sobre participantes invisibles, silenciados, minusvalorados y sobrevalorados. Una selección de casos; 2.1. Imposibilidad de expresarse o de omitir; 2.2. Credibilidad disminuida; 2.3. Limitaciones en la comprensión del mensaje; 2.4. Sesgo de la confirmación y atribución excesiva de credibilidad; 3. ¿Y qué se quiere decir con injusticia epistémica?; 3.1. Los casos originales: una primera aproximación; 3.2. Ampliando algunas nociones: Instituciones, excesos de credibilidad y agencia epistémica; 3.2.1. La relación categórica entre lo ético y lo epistémico; 3.2.2. Las limitaciones de los conceptos originales; 3.2.3. Injusticia epistémica testimonial transaccional; 3.2.4. Prejuicios sabueso e injusticia hermenéutica; 3.2.5. Injusticia epistémica testimonial institucional y el rol de los excesos de credibilidad en la distribución institucional de la credibilidad; 3.2.6. Injusticia epistémica agencial; 4. Diseño institucional e injusticias epistémicas; 4.1. Posibles remedios frente al riesgo de privación a un sujeto de la posibilidad de comunicar/callar un mensaje funcional a su reconocimiento; 4.2. Posibles remedios a los problemas de credibilidad disminuida en razón de prejuicios; 4.3. Posibles remedios a limitaciones en la comprensión del mensaje;

4.4. Posibles remedios a problemas de credibilidad disminuida en razón de roles institucionalmente validados; 5. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

La noción de injusticia epistémica está en permanente evolución. Mucho trabajo académico (no sólo filosófico) se ha invertido para su depuración y, pese a ello, pareciera faltar bastante para expresar todo su potencial. En los últimos años se han explorado tipos de injusticias epistémicas que no tenían espacio en las descripciones originales de Fricker en *Epistemic Injustice*. En este trabajo consideraremos algunos de estos conceptos refinados al tenor de lo siguiente: al reflexionar teóricamente sobre los procesos penales, ¿qué efectos tiene prestar atención a la noción de injusticia epistémica para evaluar su diseño y aplicación? La pregunta es interesante dado que las discusiones sobre el diseño de procesos penales suelen focalizarse en su eficiencia para provocar ciertos resultados, como también, evitar vulneraciones a derechos fundamentales. Sin embargo, se puede ir más allá. Así, nuestra perspectiva de análisis pone de relieve la relevancia epistémica del buen trato, y tiene a la vista no solo a las partes sino también a los testigos. Analizaremos entonces, si el uso de estos conceptos es útil no sólo por su versatilidad para comprender y mejorar algunas prácticas subóptimas que ocurren durante los juicios (perspectiva de la reducción de los errores), sino para repensar la experiencia del proceso penal (perspectiva del buen trato)

1. PROCESOS PENALES: ENTRE PROPÓSITOS METODOLÓGICOS Y SIMBÓLICOS

El desafío principal de los procesos penales es decidir si ciertas cargas (penas) deben o no ser impuestas sobre uno o más sujetos acusados de haber incurrido en una conducta u omisión jurídicamente punible. La responsabilidad institucional es alta y el diseño de los procesos judiciales es clave para su legitimación. La evaluación de su funcionamiento suele

focalizarse en la calidad y oportunidad de los resultados (decisiones y discurso de justificación), como también en el respeto de mínimos de justicia (aquello se engloba en el concepto de *proceso racional y justo*). Más allá de desacuerdos casi inevitables, se observan niveles aceptables de consenso sobre estos últimos (presunción de inocencia, derecho a defensa, etc.).

La dispersión en los resultados de los juicios (problemas de ruido), enciende alarmas de posibles injusticias⁴. No sorprende, entonces, la reciente irrupción de la epistemología en el ámbito probatorio para la disminución de errores (ni, por ello, que se la conciba como una disciplina que releva su dimensión social y ética⁵, “en pos de la verdad”)⁶. Lo que parece importar es analizar qué aspectos de la práctica, en tanto

⁴ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Santiago: Debate, 2021, p. 18.

⁵ El ejemplo más saliente de esta forma de comprender la labor epistemológica es LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, quien afirma que: (a) la relación entre epistemología y ley es *asimétrica*, en el sentido de que las reglas y prescripciones epistémicas son objeto de estudio del epistemólogo, que posteriormente puede analizar prácticas epistémicas institucionales (como un juicio criminal) desde esta óptica; y (b) frente a situaciones en las una herramienta o práctica institucional (actual o posible) aumentase las chances de dar con la verdad pero violando algún derecho fundamental o garantía procesal, existe un único diagnóstico posible: Desde el punto de vista epistémico esa práctica es sostenible, aunque no resulta recomendable en una mirada integral. Esta forma de entender lo epistémico (en términos de (a)) y su influencia en el diseño (en términos de (b)) es lo que cuestionamos en este trabajo a la luz de la noción de injusticia epistémica. La preminencia en el ámbito latinoamericano de perspectivas en que lo que se espera de lo epistémico es la reducción del error es presentada por ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus [Online]*, v. 39, p. 85-102, 2019.

⁶ Aunque existen excepciones a esta visión general, como ALLEN, Ronald; LEITER, Brian. Naturalized epistemology and the law of evidence. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 8, p. 1491-1550, 2001, o ALLEN, Ronald. Naturalized Epistemology and the Law of Evidence Revisited. *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, v. 2, pp. 253-284, 2021, los avances en el ámbito de la epistemología social (muy importante en el *mainstream* de los últimos 20 años), que asume que el conocimiento y las prácticas epistémicas son fenómenos que tienen componentes ético-sociales intrínsecos, no han sido incorporados a nivel de diseño de los procedimientos.

práctica *veritista*⁷, son capaces de dar con la verdad y evitar el error de manera adecuada y cuáles no parecen poder hacerlo. En este sentido, surgen diagnósticos (*a la Laudan*⁸) según los cuales existen, dentro del proceso, aspectos contra-epistémicos —como la exclusión de la prueba ilícita— que, *desde el punto de vista epistémico*, convendría eliminar. En rigor, los diagnósticos de este tipo no van seguidos necesariamente de una prescripción, toda vez que se reconoce que el punto de vista epistémico es sólo *uno* de los relevantes para evaluar la práctica. Esta estrategia de “compartimentar” los ámbitos o las dimensiones de la práctica (epistémico, ético, social) para que luego alguien (el legislador) escoja la prescripción que realice un mejor balance de estas perspectivas, que no siempre confluyen en una misma dirección, es reduccionista, y como tal, produce no poca confusión.

Los problemas de los procesos judiciales, sin embargo, están lejos de agotarse en el análisis de la calidad de sus resultados y sus límites. También cabe evaluar los procesos judiciales como prácticas que impactan en la vida de sus participantes y, por ende, nos constituyen como comunidad. Por ello, prestaremos atención al incómodo⁹ concepto de injusticia epistémica que remece aspectos metodológicos y simbólicos (estos últimos, de escasa atención entre los juristas). Veamos brevemente en qué consisten.

1.1. PROPÓSITO METODOLÓGICO (O INSTRUMENTAL) DE LOS PROCESOS JUDICIALES EN SU VERTIENTE PROBATORIA.

Los procesos judiciales, en cuanto mecanismos productores de hechos en contextos de incertidumbre, estipulan una secuencia de actividades estandarizadas. Entre ellas se cuentan: i) Depuración de la conjetura a probar (pertinencia); ii) Selección de prueba que podrá

⁷ Una práctica *veritista* es una práctica que tiene ciertos fines epistémicos específicos como dar con la verdad. Ver GOLDMAN, Alvin. *Why Social Epistemology is Real Epistemology*. En MILLAR, Alan y PRITCHARD, Duncan (eds.). *Social Epistemology*. USA: Oxford University Press, pp. 18-21.

⁸ Ver nota 6.

⁹ Lo calificamos como incómodo porque pone en jaque algunas categorías, al forzarnos a revisar nuestras prácticas desde otra perspectiva.

ser rendida (admisibilidad); iii) Producción de prueba (relevancia); iv) Construcción de argumentos que correlacionan las pruebas rendidas con la conjetura a probar (valoración de la prueba); v) Toma de decisión respecto a si adscribir (o no) una conducta jurídicamente relevante sobre quien ha sido acusado (estándar de prueba); y vi) Redacción de texto de motivación de la decisión adoptada (justificación)¹⁰. Dependiendo de la manera en que se organicen tales actividades, se impacta en los costes de litigación, en los tiempos de respuesta, en la actitud de quienes reciben sentencias adversas, y/o en el prestigio del proceso judicial como mecanismo para la solución de controversias.

1.2. PROPÓSITO SIMBÓLICO DEL PROCESO PENAL EN SU DIMENSIÓN PROBATORIA.

Los procesos canalizan institucionalmente la atribución de sentido a una experiencia traumática¹¹. Así, por ejemplo, en los procesos se juega la construcción de la memoria histórica y la recuperación de reputaciones dañadas¹². Lo simbólico amplía progresivamente su incidencia al día de hoy, no solo en el ámbito de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, sino también en casos de afectación de derechos a minorías en cuanto los procesos judiciales favorecen o dificultan su reconocimiento.

Hay casos menos evidentes, delitos que a nivel personal o de grupos pequeños son traumáticos, pero que no caben en las categorías precedentes. En principio, hay una conexión con el propósito metodológico de los procesos, pero se pueden producir tensiones. Desde la optimización de los recursos probatorios, puede ser que lo simbólico resulte inconducente. Así, la construcción de la memoria histórica o la reparación del daño en términos identitarios puede ser inútil para la aplicación de las normas jurídicas.

¹⁰ Una reconstrucción más detallada en COLOMA, Rodrigo. Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 30, n. 2, pp. 31-56, 2017, pp. 33-53.

¹¹ Ver FEIERSTEIN, Daniel. *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Buenos Aires: FCE, 2015, p. 254.

¹² Ver, por ejemplo, el art. 474 del Código Procesal Penal chileno que reconoce la acción de revisión para declarar inocente a una persona fallecida. Hay códigos de otros países con disposiciones similares.

La relación entre lo metodológico y lo simbólico presenta traslapes que inciden en que la distinción no sea totalmente nítida, lo que no obsta a que, de todas formas, resulte útil para evaluar el diseño y aplicación de los procedimientos penales. Por un lado, lo metodológico es fuertemente dependiente de aquello que tiene sentido desde una perspectiva cultural determinada. El problema es que, pese a múltiples reacciones que se han producido en aras de una aproximación más holística en la producción de conocimientos¹³, la primacía del modelo científico-racionalista incide en que haya variables que pudiendo ser relevantes desde una perspectiva más amplia, no tengan mayor incidencia en la producción de conocimiento en el contexto de los juicios penales. Por otro lado, lo simbólico suele resultar difícil de comunicar para quienes se encuentran en una posición de marginación social, pues el lenguaje del que disponen muchas veces es inútil en términos de permear la comprensión de los tomadores de decisiones. En consecuencia, lo simbólico aun cuando podría tener una potencial incidencia en la construcción de conocimientos, tiende a mutar en metodológicamente irrelevante en un contexto en que el uso del tiempo es considerado como especialmente valioso. Habida cuenta de este escenario, lo simbólico si aprovecha un desarrollo teórico como el que se ha venido dando con los estudios de las injusticias epistémicas incidirá no solo en una percepción de mejor trato, sino que a nivel estructural contribuirá a hacer visible aquello que metodológicamente está oculto.

1.3. LA FUNCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS PARA ILUSTRAR LA TOTALIDAD.

Dado que aquello que presentaremos requiere de un soporte descriptivo¹⁴, esto es, debe ilustrar cómo los tribunales de justicia operan en la cotidianidad, hemos seleccionado cuatro casos penales para

¹³ Las reacciones frente al modelo reduccionista impulsado por planteamientos como los de Descartes o Newton han recibido reparos desde casi sus orígenes. Sobre distintas aproximaciones ver, a modo de ejemplo: VON WRIGHT, G. H. *Ciencia y razón*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1995.

¹⁴ Esta dimensión es la que nos permite pasar, más adelante, a una perspectiva prescriptiva

ofrecer nuestro análisis¹⁵. En dos de ellos la sentencia es condenatoria, en una absolutoria, y en el restante lo que la corte de apelaciones decidió originalmente como absolución, pasó a ser una condena con la revisión de la corte suprema. La selección de tres de los casos ocurridos en Chile, se explica porque disponemos de los audios y transcripciones de las audiencias de prueba respectivas. Aquello permite hacer un análisis a nivel de detalle que no sería practicable si solo contásemos con las sentencias definitivas¹⁶. La selección del caso ocurrido en Argentina, en cambio, obedece a que la Corte Suprema de Tucumán aborda explícitamente la problemática que deseamos analizar, citando textos especializados. El nivel de impacto de los cuatro casos seleccionados es variable: uno de ellos provocó alta conmoción a nivel nacional¹⁷, otro de ellos fue relevante a nivel local ya que además de tratarse de un delito grave como lo es el homicidio, el cadáver no fue encontrado¹⁸. Los otros dos casos presentaban interés en el análisis, pues en ambos había un testimonio clave de cuya credibilidad se hizo depender el resultado del proceso.

Desde una perspectiva metodológica, la elección de los casos no habilita para indicar que nos encontramos con fallas a nivel sistémico. Sin perjuicio de ello, son suficientes como para generar una discusión acerca de la existencia de prácticas que a cualquier persona que frecuenta los tribunales de justicia no resultan extravagantes. Podríamos decir que se trata de micro-historias¹⁹ que ayudan a entender mejor nuestras culturas, pues nos encontramos atravesados en el *día a día* con problemas de reconocimiento de los otros; ello en su carácter de sujetos que caben dentro

¹⁵ Dos de estos casos son subdivididos según el foco de atención. Por eso observarán, más adelante seis situaciones.

¹⁶ A pesar de que los registros de audios son públicos (salvo excepciones), es necesario hacer solicitudes para disponer de ellos. A lo expresado se suma el exigente trabajo de transcripción (c/u de los casos consta de cientos de páginas).

¹⁷ Caso Andrea D.

¹⁸ Caso Marcos B.

¹⁹ El género de la micro-historia contribuye a hacer visibles fenómenos que, de otra manera, pasarían inadvertidos. Solo a modo de ejemplo, considérese la historia de Domenico Scandella (Menocchio) condenado como hereje en el siglo XVI. La investigación de Carlo Ginzburg, contribuye al conocimiento de creencias y valores de quienes en esa época no pertenecían a las esferas de poder GINZBURG, Carlo. *El queso y los gusanos*. Barcelona: Península, 2016.

de categorías habitualmente afectadas por problemas de silenciamiento, invisibilidad o infravaloración²⁰.

En la siguiente sección presentamos estos ejemplos, en los cuales no parece haber total claridad respecto de qué va mal con ellos y dan la impresión de ser heterogéneos. Tras una breve discusión de cada uno, recurriremos, en la sección 3, a los conceptos de injusticia epistémica con miras a *echar luz* sobre esos casos y, a la vez, dar cuenta de aquello que habría en común en todos ellos. Un aspecto que aparece como especialmente prometedor para la comprensión de aquello que no estaría funcionando bien, es la recuperación de la “agencia epistémica” de quienes por distintas razones se ven privados de ella. En la sección 4 pensaremos el modo en que la incorporación de la noción de injusticia epistémica permite mejorar cuestiones de diseño, teniendo en cuenta una forma diferente de pensar las relaciones entre lo metodológico y lo simbólico desde la epistemología. Finalizaremos con unas breves conclusiones.

2. SOBRE PARTICIPANTES INVISIBLES, SILENCIADOS, MINUSVALORADOS Y SOBREVALORADOS. UNA SELECCIÓN DE CASOS.

En lo que inmediatamente sigue se presentarán algunos casos que ilustran problemas “habilitados” por los procesos penales, siguiendo diseños y modos de actuar imperantes. Luego de cada caso, se inserta una brevísima discusión para dar cuenta del problema en cuestión.

2.1. IMPOSIBILIDAD DE EXPRESARSE O DE OMITIR.

La regulación de lo que debe/puede decirse y de lo que no, es un aspecto clave de los procesos judiciales. En asuntos probatorios, los conceptos

²⁰ Fricker y otros estudiosos de las injusticias epistémicas recurren regularmente a micro-historias. En sus palabras: “[e]n cualquier caso, empezar por examinar lo que sucede en el nivel micro suele ser un buen punto de partida, ya que difícilmente se comprenderá lo estructural, ni se sabrá cómo combatirlo si no se tiene comprensión clara qué está en juego en el nivel micro”. FRICKER, Miranda (2022). “Conceptos de injusticia epistémica en evolución”, en DE BRASI, Leandro y SANTIBÁÑEZ, Cristián (eds.). *Injusticias epistémicas: Análisis y contextos*. Lima: Palestra, p. 28.

de pertinencia y relevancia sirven a tales fines, pero se complejizan si se relacionan con el componente simbólico. Habrá asuntos impertinentes y/o irrelevantes para la producción de los resultados probatorios, pero que simbólicamente podrían ser importantes. A ello se suma que tratar en público asuntos pertinentes y potencialmente relevantes, significa, a veces, una carga demasiado pesada para la víctima, acusado o testigos.

Ejemplos de tensiones se observan frecuentemente en los contrainterrogatorios de testigos, cuyo valor epistémico es sobresaliente dentro del proceso. Desafiar y desambiguar lo ya dicho en un ambiente con escasas restricciones, como el del interrogatorio, suele sacar a la luz asuntos que han permanecido ocultos. Los contrainterrogatorios, en cambio, se caracterizan por ser el momento de hacer preguntas cerradas que no dan mayores espacios a matices o distinciones. Se controla, así, a quienes han declarado sin un soporte suficiente para sus afirmaciones. La práctica, sin embargo, demuestra que esta herramienta presenta serias limitaciones. Las/los abogadas/os manejan un lenguaje especializado y fácilmente pueden confundir o irritar al testigo haciendo que su experiencia se torne desagradable. Ya no se tiene la opción de decir aquello que interesa decir, pues el interrogador puede cortar las respuestas según su conveniencia. Por otra parte, no se puede callar aquello de lo que no se quiere hablar y que no debiera ser determinante para la constitución de un hecho con implicaciones jurídicas²¹. Ilustremos lo señalado con dos casos.

Caso 1: “NORA A.”²²

Defensor: [...] ¿quién le informa a usted que tiene que ir a esa diligencia?²³

²¹ Un caso polémico respecto al uso de preguntas (sucias) en contrainterrogatorio fue Dalkon Shield, pues muchas víctimas prefirieron retirarse y no verse expuestas. LUBAN, David; WENDEL, Bradley. La filosofía de la ética profesional: una historia entrañable. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXI II - N° 2, 2020, pp. 60-63.

²² Las declaraciones que se presentarán a continuación corresponden a transcripciones de registros de audio de las audiencias respectivas. Sentencia de 03 de abril de 2007, RIT 28-2007 Tercer tribunal oral en lo penal de Santiago.

²³ Es un caso de robo con violencia. Nora es una de las víctimas, pues le habrían robado objetos de su propiedad. Ella realizaba labores domésticas en una casa de un barrio acomodado. La pregunta propiamente tal es casi irrelevante y

Testigo: Bueno, ¿pero por qué lo tengo que decir?

Defensor: Trate de hacerlo.

Testigo: [*Permanece en silencio*]

Juez: Señora Nora (...)

Testigo: [*enojada*] No, no lo voy a decir.

Defensor: [*ríe*]

Juez: Señora Nora, tiene que responder [...]

Testigo: [*enojada*] No, no voy a contestar.

Juez: [...]. Si usted no se acuerda, diga simplemente no me acuerdo, pero no puede decir que no quiere declarar, porque puede verse expuesta a las penas que establece el desacato. ¡Tiene que declarar! Continúe señor Defensor.

Defensor: Señora Nora, mire si es muy fácil. ¿Quién le dijo a usted que tenía que ir a declarar?

Testigo: Bueno, en todas partes tiene que llegar una citación que uno tiene que ir a declarar.

La víctima se niega a contestar una pregunta que, en principio, no le irroga daño alguno. Ella simplemente quiere callar, pues la experiencia con la justicia le parece incomprensible y desagradable. Le preguntan varias veces lo mismo y, el contrainterrogatorio se hace desde la sospecha, pese a que ella es la víctima. Ante su enojo, el defensor simplemente ríe (tal vez, desde el desconcierto) y, más adelante, le indica (desde su subjetividad) que lo que se le pide es “muy fácil”. La jueza que preside, le comunica que no es libre para callar. La situación es asimétrica y la única manera en que la víctima puede nivelarla es el silencio, pero ni siquiera eso se le concede. El caso se hace más patente, pues lo que se le está preguntando difícilmente llegará a tener trascendencia para la decisión.

Nora ya se había mostrado incómoda y cansada con el contrainterrogatorio. Hay, además, indicios de que le costaba seguir el hilo de lo que se le preguntaba.

Caso 2: MARCOS B. (1ª parte)²⁴

Defensor: [...] Usted nos señala que estaba con temor, y estuvo todo el tiempo con temor y también nos señala que contó esta historia, estando bebido, a don Nicolás Montiel, el Nico.

Testigo: Sí.

[...]Defensor: Usted después se fue a trabajar a la Adonay II, como ya le señaló al tribunal.

Testigo: No.

Defensor: Perdón según usted, [Sixto] Pablo se fue a trabajar a la Adonay II.

Testigo: Sí.

Defensor: Y ahí usted ya no tenía contacto con él.

Testigo: No.

Defensor: Y según usted todavía seguía teniendo temor.

[...]

Testigo: Sí.

Defensor: Después vino el mes de abril y usted tampoco había visto a Sixto Pablo Ayancán. Y usted seguía teniendo temor.

Testigo: Sé a lo que quiere llegar.

Defensor: Mire, da lo mismo que usted sepa dónde quiero llegar. Yo le pido que responda mis preguntas.

Testigo: Sí.

Luego de otras 14 preguntas, el fiscal objeta lo preguntado diciendo:

Fiscal: Puntos sumamente reiterativos su Señoría, eso lo hemos escuchado de mi parte ahora del defensor 3 veces. ¿Vamos a seguir con el mismo punto 10 veces? [...]

Presidente del tribunal: Se rechaza la objeción.

Del testigo solo se espera que conteste sí o no. Dentro de esa dinámica, él sabe que el abogado quiere que cometa algún error que afecte

²⁴ Sentencia de 13 de agosto de 2011, RIT 35-2011 Tribunal oral en lo penal de Punta Arenas.

el valor de lo ya declarado. A diferencia de lo que ocurre con Nora A., el testigo muestra resistencia a los intentos de reducir su participación a la de alguien imposibilitado de introducir matices, salvo que expresamente se le solicite. Un punto interesante se produce cuando el testigo se da la licencia para agregar: “Sé a lo que quiere llegar”. El defensor no le da tregua y no se sale de su rol, pues no espera del testigo más protagonismo de lo que está dispuesto a concederle. El tipo de relación obedece a un patrón estructural y quien preside la audiencia lo confirma al no dar lugar a la objeción del fiscal.

2.2. CREDIBILIDAD DISMINUIDA.

En la justicia abundan ejemplos de situaciones en las que una aserción resulta menos creíble que otra, por la sola pertenencia del declarante a una determinada categoría culturalmente infravalorada, o respecto de la cual existen estereotipos que hacen que el intérprete la mire con sospechas. Los prejuicios producen valoraciones erradas y es posible revertirlas en caso de que se comprueben. Sin embargo, hay casos en los que este diagnóstico resulta erróneo o incompleto. Veamos dos casos en esta dirección.

Caso 3: ANDREA D.²⁵

“El relato de Andrea Da Rosa²⁶, merece desde el inicio poca fe, toda vez que dice que fue secuestrada en su provincia natal, Misiones, cuando iba a comprar pan. Y es trasladada a la Provincia de La Rioja, es decir un viaje largo, sin recordar haber hecho paradas o haber visto registros policiales”²⁷

²⁵ En este caso de alto impacto (conocido entre el público argentino como el caso “Marita Verón”) no tenemos acceso al registro del audio de los interrogatorios y contrainterrogatorios.

²⁶ Testigo que, según se indica en el juicio, también fue víctima del delito de trata. Habría sido secuestrada en Misiones y llevada a La Rioja donde era obligada a ejercer la prostitución.

²⁷ Sentencia 13 de diciembre de 2012 de Cámara de Apelaciones de Tucumán en caso de Privación ilegítima de libertad y corrupción en contra de David Gustavo Íñigo y otros. Expte 23554-2002.

Cabe notar que en la misma sentencia se reconstruye la declaración de la psicóloga Zaida Gatti, coordinadora del programa nacional de rescate y acompañamiento a las personas damnificadas por el delito de trata, quien, entre otras cosas, indica:

“No conozco a ninguna víctima que no haya sufrido de flash back y los otros síntomas [...] su relato es confuso y su memoria se ve alterada, pueden llegar a confundir las fechas, a veces están bajo efectos de sustancias [...] Pueden equivocarse pensando que estuvieron más o que estuvieron menos [...]

La Corte Suprema de Tucumán²⁸ en sentencia que revoca la dictada por la Cámara de Apelaciones señala que:

“... no constituye una deducción lógica que autorice la conclusión arribada, dado que no explica por qué la falta de memoria sobre el referido viaje permite descalificar a la testigo; en especial cuando A.D.R. fue captada con fines de trata, en cuya circunstancia no puede descartarse que le hayan suministrado alguna sustancia a fin de dormir a la testigo durante el viaje. Sobre este punto, la fiscalía señala como una vez más se omitió considerar lo expuesto por la Lic. Gatti en cuanto a la disociación, alteración y fragmentación en la memoria de las víctimas del delito de trata”.

El análisis de credibilidad por parte de la Cámara de Apelaciones recurre a una distinción errada entre personas honestas/creíbles y personas que no lo son, bastando un detalle para derrumbar todo el relato. No toma suficientemente en serio a la testigo para profundizar en el valor de lo que dice. Por supuesto, aquello podría obedecer a distintas razones, pero considerando la relevancia del testimonio, es deseable una mayor sofisticación. Cabe pensar que hay una credibilidad disminuida en la base por la condición de la testigo quien era obligada a ejercer la prostitución.

²⁸ Sentencia de Corte Suprema de Tucumán 1098 - 2013, en caso de Privación ilegítima de libertad y corrupción en contra de David Gustavo Íñigo y otros, de fecha 17 de diciembre de 2013.

Caso 4. ELIZABETH B.²⁹

Interrogatorio de Elizabeth Basic Jaque (Asistente social de oficina de protección de San Francisco de Mostazal del SENAME y madre del acusado)

Defensor: [...] ¿A qué hora llegan ellos a San Francisco de Mostazal? [...]

Testigo: [...] Ellos llegaron entre 18:00 y 19:00 [...] Yo trabajo hasta las 18:00 horas. Cuando ellos regresaron, yo ya estaba en la casa [...] Tomamos once y me pasaron el documento [...]

Fragmento de sentencia

“Según se desprende de la declaración de la testigo Basic Jaque, ésta sitúa al acusado, en el lapso de tiempo en que se cometió el ilícito motivo de este juicio, en el domicilio común de ambos ubicado en San Francisco de Mostazal, resulta así, ser la única testigo de tal circunstancia, testimonio este que se desestimará en esta parte, teniendo para ello presente la calidad de madre del acusado, lo que hace aparecer dicha declaración carente de la imparcialidad [...] ya que no es posible asegurar que no hayan existido motivaciones subjetivas que pudieran haber enturbiado su testimonio en el sentido de beneficiar a su hijo, lo que no es objetivamente posible ni razonable reprochar a una madre en las circunstancias en que aquellas pudieron producirse, considerando además la falta de precisión en cuanto a la hora de llegada del hijo al San Francisco de Mostazal, ya que mencionó, como se dijo, que fue alrededor de las 18:30 a 19:00 horas, cálculo que hizo, según lo afirmó en la audiencia, en base a que ella trabaja hasta las 18:00 horas —no refiere haber mirado el reloj— y que cuando llegó a su domicilio éste ya estaba en la casa, de suyo, según los principios de la lógica y las máximas de la experiencia, no es de normal ocurrencia irse del lugar de trabajo, todos los días, exactamente a la misma hora permitida y establecida como de salida.”

²⁹ Este caso es el mismo que fue presentado como caso Nora A. Acá lo llamamos caso Elizabeth B porque el foco está puesto en esta interviniente. Sentencia de 03 de abril de 2007, RIT 28-2007 Tercer tribunal oral en lo penal de Santiago.

La testigo es considerada escasamente creíble dada su condición de madre, lo que le impide ser neutral (lo cual no se le reprocha). Se agrega como razón auxiliar para tal conclusión, el hecho de que las personas no se retiran a la misma hora de su trabajo, por lo que su inferencia no es válida. Aquello es sorprendente, pues lo normal en una funcionaria de un organismo público (como el SENAME) es tener un horario en que sí se retira siempre a la misma hora (salvo permisos o circunstancias extraordinarias). El tribunal convierte así en una máxima de la experiencia una práctica que para sus integrantes sí podría ser frecuente (retirarse a distinta hora), pese a pertenecer a una minoría.

2.3. LIMITACIONES EN LA COMPRESIÓN DEL MENSAJE.

Abogados y jueces presentan déficits en sus competencias de atribuir significados a una declaración cuando la persona a la que enfrentan no comparte sus mismos códigos hermenéuticos. Respecto de los peritos hay una larga discusión respecto de cómo sortear los problemas vinculados a la falta de experticia del juez en las áreas relevantes³⁰. En el caso de los testigos, en cambio, es inusual que se preste atención a la falta de dominio de los códigos comunicativos de la víctima, testigo, o acusado, salvo por ejemplo que hable otra lengua y/o pertenezca a una etnia cuyas prácticas no son cercanas al tribunal y/o litigantes³¹.

Caso 5: VICTORIA M.³²

Fragmento de sentencia:

“[...] Del mismo modo las tendencias fabuladoras y fantasiosas de orden sexual de la menor³³ quedaron de manifiesto cuando se le

³⁰ Ver por todos HUBER, Peter. *Galileo's Revenge*. New York: BasicBooks, 1993.

³¹ Ver entre otros para el caso chileno: LE BONNIEC, Fabien; NAHUELCHERO, Pamela. La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de la Araucanía. *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law*, v. 67, p. 279-293.

³² Sentencia de 17 de octubre de 2005, RIT 107-2005 Tribunal oral en lo penal de Rancagua.

³³ La víctima es menor de edad con una infancia y adolescencia muy difíciles. Ella acusa a la pareja de su hermana de abusos sexuales (en un comienzo no tenía

hicieron leer notas que reconoció haber escrito en un cuaderno y cuyo siguiente tenor, las demuestra por sí solo: «[...] Y empezamos a atracar en trío. Fue súper sexy...» además de otras palabras de clara y notoria connotación sexual con referencia explícita a un miembro viril de determinadas características que leyó de su cuaderno, señalando que lo inventó inspirándose en historias que escuchó de un programa radial, pero basta leer lo demás que escribió para dudar que algo así se divulgue en una radio ni siquiera por el conocido animador que individualizó³⁴.

Interrogatorio:

Fiscal: Victoria te voy a mostrar esto y quiero que me digas a qué corresponde (...)

Víctima: Sí, es un cuaderno en que yo escribía a veces cosas que imaginaba, que pensaba o cosas que me sucedían. Era como un libro, porque mi profesora, en una oportunidad, me dijo que los grandes escritores casi siempre se desahogaban escribiendo; entonces ahí tomé la decisión de escribir este cuaderno para desahogarme y sentirme un poco mejor.

Fiscal: ¿Qué más escribías en ese cuaderno?

Víctima: Escribía hartas cosas, todo lo que era importante para mí, todo lo que pasaba, todo lo que yo soñaba, que imaginaba que escribía en un libro [...]

Contrainterrogatorio:

Defensor: ¿Por qué razón inventaste una historia así para ponerlo en tu diario de vida?

Víctima: Es que realmente este no es mi diario de vida. Yo escribía cosas que imaginaba, pensaba o me pasaban.

Defensor: ¿Debemos entender que eso lo imaginaste?

intenciones de hacer la denuncia, pero las circunstancias la forzaron a ello).

³⁴ Una historia como la del cuaderno de la víctima podría haber sido relatada en el programa aludido, si la hubiera protagonizado alguien mayor y hubiera tenido algún ingrediente de infidelidad. De este programa surgen las tres historias que aparecen en la película chilena *El chacotero sentimental*.

Víctima: Fue algo así.

Defensor: ¿De dónde sacaste fuente para imaginarte algo así?

Víctima: (...) Cuando yo escribía esas cosas, escuchaba la radio del Rumpy.

Defensor: ¿Qué es eso de la radio del Rumpy?

Víctima: Era el Club del Cangrejo. Ahí llamaban personas contando cosas que le pasaban (...) en sus matrimonios, que se encontraban con parejas que tenían antes y terminaban separándose de su esposa, juntándose con la otra persona o sueños eróticos que tenían muchas veces. Contaban de todo un poco.

Defensor: Y entre esas historias, ¿contaban historias de niñas que habían sido abusadas o violadas?, ¿hubo algunas historias de esas?

Víctima: No. Al menos en el momento en que yo escuchaba, porque llamaban más personas grandes.

El concontrainterrogatorio no inhibe las declaraciones de la testigo-víctima, quien puede comunicar sin mayores restricciones su punto de vista (no hay intentos de silenciamiento). Llama la atención la interpretación del tribunal de lo que la víctima dice. Desde su perspectiva, no es una conclusión admisible que, si ella tiene un cuaderno que sirve simultáneamente para escribir experiencias vividas, como también historias inventadas, pueda diferenciar claramente unas de otras. Cabe intuir que, desde las creencias del tribunal, la existencia de un cuaderno con relatos de una mujer menor de edad con un contenido sexual mayor al que imaginaría en una persona de esas características, sencillamente es señal de que no puede creérsele.

2.4. *SESGO DE LA CONFIRMACIÓN Y ATRIBUCIÓN EXCESIVA DE CREDIBILIDAD.*

A veces se asigna credibilidad en exceso a la palabra de un testigo, ya sea por una incapacidad del oyente de comprender el discurso del hablante (por ejemplo, en el caso de los peritos), o porque el testigo presenta características que facilitan el sesgo de la confirmación. Es difícil, con las herramientas actuales, identificar exactamente qué es lo que estaría mal en estos casos.

Caso 6 (continuación del caso MARCOS B.)

Fragmento de sentencia:

“[...] el relato de este testigo directo y presencial de los hechos nos pareció sincero, de manera pausada y simple fue explicando cada uno de los hechos que acontecen. Así entonces, su narración es apta para formar convicción, coherente con otras pruebas de cargo, impresionó favorablemente a estos sentenciadores, es sistemática, viable, creíble, verosímil de momento que no hay antecedentes que hagan dudar de su credibilidad al no presentar tendencia fabuladora [...] En síntesis, esta narración es rica en detalles, aceptable, racional, lúcida, verosímil de momento que no hay antecedente que admita poner en tela de juicio la credibilidad de Marcos Barria Ruiz por presentar tendencias fabuladores, fantasiosas, quimeras y, cómo se ha referido precedentemente, nos permitió imponernos de los hechos tal cual acontecieron, cómo se desarrollaron y la manera como se concadenan (sic) unos a otros”.

Contrainterrogatorio:³⁵

Defensor: Usted gobernaba la nave cuando se acerca a este lugar de piedras.

Testigo: Sí.

Defensor: Y de acuerdo a su versión Sixto Pablo Ayancán salta hacia ese lugar de piedras.

Testigo: Sí.

Defensor: Y saltó. Y como saltó y tenía que traer piedras, saltó sin la escopeta.

³⁵ La declaración presenta problemas respecto a: i) la pérdida de oportunidad de salvarse de la amenaza que representaba Ayancán para el testigo. Así, a menos que se explique la afectación que puede producir en una persona la experiencia relatada (o la imposibilidad de navegar solo), no aprovechar ese momento para huir parece irracional; ii) lo que podría estar queriendo decirse cuando se pregunta cuánto tiempo estuvieron sin dormir. Fisiológicamente no se puede estar sin dormir durante 72 horas. Sin embargo, sí se puede dormir muy poco durante 72 horas (algunos minutos pueden ser suficientes). Lo expresado, por cierto, podría no caer de lleno en problemas de injusticia epistémica, sino en sesgo de la confirmación.

Testigo: Sí. [...]

Defensor: Usted en ese minuto estando solo en la nave; usted con la escopeta en la nave, sentía temor [...]

Defensor: Usted señala que estuvieron prácticamente 3 días en la mar.

Testigo: Sí.. [...]

Defensor: 72 horas. ¿Y usted quiere hacernos creer que en 72 horas Sixto Pablo Ayancán no durmió? [...]

Testigo: No. [...]

Defensor: ¿Y después llegó a tierra e hizo todo con el Manino? ¿O sea, pasó 72 horas sin dormir? ¡Casi un superhéroe!

Testigo: Igual que yo. Para su conocimiento, disculpe que se lo diga, en la mar se han pasado hasta 5 días sin dormir cuando se ha tenido que naufragar y estar a la intemperie. En la situación en la que estábamos, ¿usted cree que podíamos dormir?

Esta secuencia sigue la misma dinámica que la exhibida en el caso Marcos B. (1ª parte). Es interesante porque: a) el testigo muestra un límite a los intentos del defensor de controlar su declaración en términos de no ir más allá de respuestas que siguen la lógica binaria sí/no. Aquello ocurre cuando es llevado a lo que implica la vida de tripulante de una nave; b) el tribunal atribuye credibilidad general al testigo, pese a que en su relato hay antecedentes que requerirían de una explicación para aceptarlos. Se trata del desaprovechamiento de la posición ventajosa de Marcos respecto a Sixto cuando baja de la nave sin la escopeta, como también, de la afirmación de que Sixto estuvo 72 horas despierto. Por cierto, ambos acontecimientos podrían ser explicados asumiendo la posición de temor en que se encontraba Marcos B., pero supone un razonamiento bastante más complejo que simplemente sostener que Marcos es sincero, que su relato es pausado, etc. Se trataría de la forma opuesta que utiliza el tribunal en el caso de Victoria M. para desacreditar a la víctima.

3. ¿Y QUÉ SE QUIERE DECIR CON INJUSTICIA EPISTÉMICA?

Los casos analizados refieren a situaciones en las que los intercambios dentro del juicio son subóptimos. Las situaciones ilustran elementos de la práctica que sería deseable mejorar, pero no es claro cómo podría alcanzarse ese objetivo. Hasta qué punto, entonces, podrían evitarse estos intercambios dependerá de (a) los conceptos que utilicemos para comprenderlos y (b) si comprenderlos de ese modo permite identificar herramientas o medidas concretas para minimizar su ocurrencia, sin que ello vaya en detrimento de otros elementos centrales de la práctica.

En esta sección consideraremos si la noción de injusticia epistémica puede minimizar la ocurrencia de casos como los analizados teniendo en cuenta el punto (a) si nos ayuda a comprenderlos mejor. En la sección siguiente, teniendo en cuenta el punto (b) cabrá la pregunta de si es capaz de tener injerencia en cuestiones de diseño.

3.1. LOS CASOS ORIGINALES: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

La génesis del concepto «injusticia epistémica» comienza con Fricker, quien lo desarrolló en profundidad en su libro *Epistemic Injustice*.³⁶ Los ajustes conceptuales que se han producido en trabajos posteriores se hacen cargo de las múltiples observaciones que, con el correr de los años, ha ido recibiendo.

Las injusticias epistémicas tienen dos variantes: una involucra un intercambio entre dos agentes (el que causa el daño y el que lo recibe), y la otra involucra una cierta situación estructural y un agente que es víctima de dicha situación.

La primera es la injusticia testimonial, caracterizada, en primer lugar, por *no reconocer a un hablante el crédito que debería serle asignado desde el punto de vista epistémico*. Pero no todo error en este punto da lugar a una injusticia epistémica. En los casos de injusticia epistémica, el daño se produce en concordancia con la arbitrariedad de un prejuicio identitario que el oyente tiene hacia el hablante, es decir, un prejuicio

³⁶ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

en virtud de alguna identidad social de éste: sexo-genérica, étnico-racial, religiosa, edad, etc. Esto explica la dimensión del daño, en tanto el oyente ejerce, mediante el prejuicio, una forma de poder identitario que restringe al hablante sus posibilidades de transmitir conocimiento y ser tenido como tal ante sus pares. En este sentido, la producción de una injusticia epistémica está asociada a un tipo especial de error epistémico: el que es cometido en virtud de la posesión de un prejuicio negativo hacia el oyente, repercutiendo en la correcta apreciación de su credibilidad. Cuanto más “sabueso” sea el prejuicio identitario (cuanto más acompañe a la persona dicho prejuicio en todas las dimensiones de su humanidad) más *sistemática* será la injusticia epistémica cometida.

La injusticia hermenéutica, en cambio, requiere considerar a las sociedades reales, donde existen grupos que ejercen poder sobre otros en distintas dimensiones de la vida (materiales y simbólicas), desde una perspectiva *estructural*. La marginación a la que los grupos oprimidos se ven sometidos tiene consecuencias patentemente graves en el acceso a derechos básicos de salud, justicia, vivienda digna, y otras menos patentes en el acceso a espacios de reconocimiento, lugares institucionales o ciertos tipos de trabajos. Esto puede producir un estado de marginación hermenéutica, donde las personas de grupos oprimidos no tienen acceso a los lugares estratégicos de producción conceptual (academia, universidades, periodismo, ciencia, medios de comunicación masiva, parlamento, etc.). En estos casos, los conceptos que circulan y están a disposición de todas las personas (poderosas y oprimidas) tienden a estar destinados a explicar y dar cuenta de las experiencias más cercanas a quienes están en posiciones hermenéuticas privilegiadas. Como contracara, también hay lagunas conceptuales para dar cuenta de las experiencias sociales más cercanas a los grupos marginados³⁷. La injusticia epistémica hermenéutica ocurre cuando una persona intenta dar cuenta de sus experiencias sociales significativas de manera fallida, insuficiente, e impotente, en virtud de esa falta de recursos hermenéuticos,

³⁷ Una aproximación en que el problema de déficits en asignación de significados asume la perspectiva, tanto de quienes se encuentran en posición de desventaja como también de quienes están dotados de poder, puede verse en BEEBY, Laura. A Critique of Hermeneutical Injustice: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, v. 111, pp. 479-486, 2011.

producida por una marginación prejuiciosa. No puede, por lo tanto, ser sujeto pleno de conocimiento, en relación con aquellas experiencias que le son más cercanas. En este caso, no hay agentes individuales responsables de perpetrar la injusticia porque tiene un origen estructural.

Ahora bien, estas nociones originarias deben ser ampliadas, tanto en su capacidad para dar cuenta de casos como los referidos en la sección anterior, como en sus limitaciones.

3.2. AMPLIANDO ALGUNAS NOCIONES: INSTITUCIONES, EXCESOS DE CREDIBILIDAD Y AGENCIA EPISTÉMICA

3.2.1. LA RELACIÓN CATEGÓRICA ENTRE LO ÉTICO Y LO EPISTÉMICO

Existen ramificaciones, deslices semánticos (a veces exagerados, según los cuales todo acto injusto que involucre a personas y sus conocimientos son injusticias epistémicas) y nuevas formas de injusticia epistémica que los conceptos originarios no detectan.³⁸ Entre estas últimas se encuentran las injusticias epistémicas institucionales³⁹ y los casos de injusticia testimonial agencial identificados por Lackey en la institución de la justicia criminal⁴⁰. Ambas resultan importantes para atender a la utilidad del concepto de injusticia epistémica para el diseño y mejoramiento institucional.

³⁸ La incorporación del concepto de ignorancia activa ha sido central para la comprensión cabal de los fenómenos de injusticia epistémica, pero otros conceptos relevantes han ido surgiendo, como el de silenciamiento epistémico, ‘gaslighting’ epistémico, traición epistémica, entre otros, que dan cuenta de la fertilidad del campo de injusticias epistémicas identificado por Fricker. Ver: MEDINA, José. *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistance Imaginations*. Oxford: Oxford University Press, 2013 y KIDD, Ian; MEDINA; POHLHAUS, Gaile (eds.). *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. New York: Routledge, 2017.

³⁹ ANDERSON, Elisabeth. Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy* v. 26, n. 2, pp. 163-173, 2012.

⁴⁰ LACKEY, Jennifer. False Confessions and Testimonial Injustice. *Journal of Criminal Law & Criminology* v. 110, n. 1, p. 43–68, 2020; LACKEY, Jennifer. Eyewitness Testimony and Epistemic Agency. *Noûs* v. 56, n. 3, pp. 696-715, 2022; LACKEY, Jennifer. *Criminal Testimonial Injustice*, Oxford: Oxford University Press, 2023.

Parte de la fuerza de la noción de injusticia epistémica tiene que ver con el reconocimiento explícito de formas *específicamente epistémicas* de dañar a las personas. La comprensión de los modos en que esto ocurre pone de relieve dos cuestiones adicionales importantes. La primera tiene que ver con el componente epistémico del fenómeno, y la segunda con el componente injusto. Así, al menos hay tres elementos epistémicos en juego: (i) el *daño* epistémico: dañar a personas en su calidad de sujetos cognoscentes capaces de poseer y transmitir conocimiento; (ii) una *carencia* epistémica en lo que de otro modo habría sido la ganancia de un conocimiento (en el caso testimonial), o bien, una mala comprensión de un fenómeno que repercute en la producción de conocimientos en un sentido más amplio (en el caso de la hermenéutica). (iii) Una *falla* ético-epistémica, que es la que da lugar tanto a (i) como a (ii). Según el caso, ésta será atribuible a distintos tipos de entidades, ya sean personas, grupos, comunidades o instituciones, con posibilidad de atribuir culpa o no, en casos en los que la falla es caracterizable en términos estructurales. Si queremos evitar (i) y (ii), debemos intentar analizar qué ocurre a nivel (iii) y cómo es posible mejorarlo.

El aspecto injusto del fenómeno tiene que ver con que la evaluación de algunas prácticas epistémicas y sus posibles fallas, acarrea una dimensión *ética*. Cuando el tratamiento teórico de este aspecto ético-epistémico, además, tiene lugar en un contexto metodológico no ideal, que toma como punto de partida agentes epistémicos socializados en contextos reales de opresión, es posible tener una apreciación suficientemente clara del carácter sistemático y estructural que adquieren las injusticias epistémicas.

Una relación positiva entre las dimensiones epistémicas y no epistémicas de nuestros deberes —hacer las cosas bien desde el punto de vista epistémico redundando en hacer las cosas bien desde el punto de vista ético y esto tiene consecuencias positivas en la calidad de nuestros productos epistémicos— choca con la visión extendida de que lo valorativo es una intrusión en las evaluaciones epistémicas de prácticas o formas de pensar⁴¹. Una correcta apreciación de la noción de injusticia epistémica

⁴¹ Por supuesto, la idea de que perseguir valores justos (por ejemplo, la igualdad de las personas) delimita mejores prácticas epistémicas se ha defendido de muchas maneras y desde muchas corrientes de pensamiento. Epistemologías provenientes del feminismo, teoría crítica de la raza y estudios postcoloniales

hace patente el hecho de que no es sólo que la dimensión epistémica y ética de ciertas prácticas apuntan *concomitantemente* en la misma dirección, sino que las dimensiones ética y epistémica están relacionadas de manera *categorica*.

3.2.2. LAS LIMITACIONES DE LOS CONCEPTOS ORIGINALES

Los casos de la sección anterior exhiben una gama amplia y heterogénea de características que parecen ser inconexas y, quizás, poco importantes. Excepciones, o “males menores” de un proceso que resulta ser un balance de valores y objetivos que no siempre apuntan en la misma dirección. Sin embargo, mostraremos que, a la luz de los conceptos de injusticia epistémica apropiados, los casos parecen responder a patrones frecuentemente reproducidos a nivel institucional. Esto permitiría pensar en la posibilidad de una mejora a nivel de diseño.

Como ya hemos mencionado, las cuestiones de diseño apuntan a gestionar mejor una práctica compleja entendida como un sistema que debe arrojar ciertos resultados. Por supuesto, en la medida en que las personas forman parte importante de esa práctica, todas aquellas consideraciones relevantes acerca de los individuos (cómo razonamos, qué sesgos, reglas heurísticas, o prejuicios, son más comunes, bajo qué condiciones somos capaces de identificar exitosamente a otras personas, o de valorar mejor ciertos elementos evidenciales tales como estadísticas o probabilidades, de comprender mejor la idea de duda razonable, y un largo etcétera) que puedan ser generalizadas y elaboradas para mejorar una *práctica general* (instanciada en muchas prácticas específicas) serán útiles, por ejemplo, para pensar cómo capacitar a operadores para organizar ruedas de reconocimiento o decidir qué prueba excluir. Sin embargo, muchas otras consideraciones no tienen que ver con individuos, sino con regulaciones, máximas de experiencia, y otras tantas cuestiones

han hecho hincapié en este punto enfatizando distintas formas en las que concepciones “objetivistas” del conocimiento, además de ocultar sus orígenes socio-políticos y mostrarse como de sentido común, producen carencias epistémicas en múltiples lugares de la investigación científica. Ver KUKLA, Quill. *Situated Knowledge, Purity and Moral Panic*. En: LACKEY, Jennifer (ed.). *Applied Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 37-68.

que forman parte, o son atributos, de un sistema más que de individuos. Existen desarrollos ulteriores a las nociones de injusticia epistémica que poseen mucho potencial en ese punto.

3.2.3. INJUSTICIA EPISTÉMICA TESTIMONIAL TRANSACCIONAL

La injusticia epistémica testimonial descrita por Fricker involucra, fundamentalmente, a dos agentes en una transacción testimonial, y la presencia de un prejuicio identitario en el oyente que le impide valorar adecuadamente la credibilidad del hablante. Si pensamos una interacción así en un contexto institucional, podemos pensar los modos en que dicho intercambio defectuoso afecta a la institución como tal. Una institución interesada por la verdad es un sistema epistémico, y en este sentido, al caracterizar los elementos epistémicos en juego cuando una injusticia epistémica testimonial tiene lugar, podemos suponer que existirá una carencia al nivel del sistema.

Fricker conecta las carencias a nivel de sistemas epistémicos a la ocurrencia de interacciones testimoniales injustas⁴². En particular, estas carencias serían meramente “ausencias” de ítems informativos que podrían cumplir distintos roles evidenciales; una suerte de ignorancia, entendida como un estado pasivo, donde un ítem epistémicamente valioso no tiene lugar. Los ejemplos a nivel sistema, en el contexto judicial, serían todos aquellos pedazos de información que son interceptados por prejuicios a nivel individual de operadores en posición de escucha, desde el momento en que se toma una denuncia hasta que se valora lo dicho por un testigo en el proceso.

Sin embargo, esta forma de concebir los modos en los que un sistema epistémico puede estar viciado de injusticias epistémicas es poco interesante, al menos desde el punto de vista del diseño. Ello se debe a que la carencia epistémica será del sistema en un sentido muy reducido, será un proceso particular el que se encontrará viciado (aquel proceso en el que la injusticia epistémica tuvo lugar). Por esta razón, sería

⁴² FRICKER, Miranda. Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance. En: BLAAUW, Martijn; PEELS, Rik (eds.). *The Epistemic Dimensions of Ignorance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 162-163.

difícil utilizar el concepto de injusticia epistémica para mejorar el diseño institucional, toda vez que no existe nada que unifique los modos en que trozos de información relevantes se ven interceptados y no llegan a formar parte del conjunto de elementos de prueba, por encima y por debajo de los prejuicios y sesgos a nivel individual, que ya forman parte del acervo conceptual que permite pensar en capacitaciones, cursos obligatorios, ciertas condiciones de adecuación para la fundamentación de fallos que utilicen categorías “sospechosas” como premisas, o contenidos específicos para la preparación de los jurados que tiendan a minimizar el efecto de los prejuicios en la valoración de las pruebas presentadas.

3.2.4. *PREJUICIOS SABUESO E INJUSTICIA HERMENÉUTICA*

Al prestar atención a los prejuicios “sabueso” (aquellos que acompañan a las personas a lo largo de las distintas dimensiones de su vida), las categorías de injusticia testimonial y hermenéutica originales permiten comprender algunos aspectos del proceso judicial a nivel sistema. El razonamiento es simple: los prejuicios sabueso, justamente por su carácter sistemático, suelen ser los más compartidos, y por ello, las personas con ciertos rasgos identitarios suelen ser con frecuencia víctimas de injusticias epistémicas testimoniales. Si esto es así, entonces, aunque no podamos realizar generalizaciones basadas en los contenidos o trozos de información “bloqueados”, sí es posible generalizar qué puntos de vista, conocimientos y perspectivas son sistemáticamente bloqueados del flujo de información que circula. En este sentido, Fricker afirma: “(...) la injusticia testimonial puede crear o sostener la marginación hermenéutica bloqueando el flujo de informes, ideas y perspectivas que ayudarían generar recursos hermenéuticos compartidos más ricos y diversificados que todos pueden usar para su comprensión social, sea de sus propias experiencias o de las ajenas.”⁴³

En el caso de la justicia, es claro que la marginación hermenéutica de ciertos grupos produce lagunas conceptuales, o formas erradas de comprender e interpretar fenómenos, identidades y experiencias vividas,

⁴³ FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance*. Op Cit, p. 164. La traducción es nuestra.

que han sido llamados “espejismos hermenéuticos”⁴⁴. Esto puede tener efectos muy problemáticos a la hora de garantizar que ciertas personas puedan ejercer sus derechos plenamente si quienes son responsables del modo en que esas nociones están articuladas en la ley (o en los distintos manuales para su implementación) carecen de una adecuada comprensión producto de la marginación hermenéutica de las personas a quienes se busca nivelar.⁴⁵

Ahora bien, en lo que refiere a los procesos criminales, las injusticias hermenéuticas se manifiestan de manera solapada en lo que sería el “sentido común” predominante, el cual permea no sólo las máximas de experiencia, sino también el modo en que la forma y el contenido de lo dicho es reconstruido. Muchas veces produciendo un déficit de credibilidad respecto de quienes están testificando, pero además con consecuencias epistémicas a nivel del sistema, transformándolo en un sistema de averiguación de verdad viciado o defectuoso.

En relación con las máximas de experiencia⁴⁶, las lagunas o errores hermenéuticos son en parte consecuencia de la marginación hermenéutica general (no sólo a nivel justicia). Sin embargo, si la mayoría de los operadores judiciales —y en particular los jueces— pertenecen a grupos de privilegio (pongamos por caso personas blancas cisgénero de clase media), entonces su razonamiento representará de manera más cercana a las experiencias

⁴⁴ PÉREZ, Moira; RADI, Blas. El concepto de ‘violencia de género’ como espejismo hermenéutico. *Igualdad, autonomía personal y derechos sociales*, v. 8, 2018, p. 69-88; RADI, Blas. Injusticia hermenéutica: un ejercicio de precisión conceptual. *Estudios de Filosofía* v. 66, 2022, p. 97-110.

⁴⁵ Además del texto de Radi y Perez arriba mencionado, puede verse AULTMAN, Lee. Epistemic Injustice and the Construction of Transgender Legal Subjects, *Wagadu: A Journal of Transnational Women's and Gender Studies*, v. 15, 2016, pp. 12-34, para el caso de las leyes que involucran identidades trans. Para el caso de las cuestiones de vivienda digna, ver ESCOFFIÉ, Carla. El racismo en la política de vivienda. Disponible en: <https://www.animal-politico.com/hojas-en-el-cenicero/el-racismo-en-la-politica-de-vivienda/>. Acceso en: 13. dic. 2022, quien, si bien no habla explícitamente de injusticias hermenéuticas, el caso referido por la autora en relación con las poblaciones mayas cae claramente bajo dicho concepto.

⁴⁶ Sobre cargas de argumentación que podrían hacerse recaer sobre abogados y jueces que pretenden usar una cierta máxima de la experiencia, ver SANDOVAL, Sebastián (en prensa). El sentido común y las máximas de la experiencia. *Ius et Praxis*.

vividas por su clase de personas. Gonzales Rose señala, como ejemplo, el modo en que la idea, en apariencia de sentido común, de que el mero acto de huir de la policía es índice de culpabilidad, tiene por detrás un fenómeno de marginación hermenéutica de personas racializadas, cuya experiencia vivida no se condice con eso⁴⁷. Esto repercute de múltiples formas en los procesos criminales, produciendo valoraciones equivocadas de la evidencia (ya sea testimonial, cuando alguien explica que huyó de la policía por miedo y no se le cree, o bien al considerar el mero acto de huir como aumentando la probabilidad de culpabilidad), e imponiendo cargas evidenciales desproporcionadas y costos excesivos en las partes cuyas narrativas se alejan de ese “sentido común”. En este sentido, es el sistema entero el que resulta viciado epistémicamente, pues estos errores y tendencias son sistemáticas, y no atribuibles a vicios o errores individuales.

Del mismo modo, formas de hablar o de expresarse “no privilegiadas” tenderán a ser consideradas como sospechosas o menos creíbles por alejarse de una concepción de ‘testigo ideal’ (un testigo que, básicamente, se expresa con las formas, tonos y maneras de hablar de un hombre blanco de clase media) y esto no se desprende únicamente de estereotipos y sesgos a nivel individual⁴⁸, sino también de máximas de experiencia (como aquellas que apuntan a interpretar como más coherentes y sólidos relatos contruidos de manera gramaticalmente correcta, o como más precisos relatos que contengan palabras sofisticadas, o, en relación con víctimas de abuso, cómo deberían expresar su relato en presencia de su presunto agresor⁴⁹) que no hacen sino representar errores hermenéuticos a nivel del sistema judicial como institución epistémica.

⁴⁷ GONZALES ROSE, Jasmine. Race, Evidence, and Epistemic Injustice. En: DAHLMAN, Christian; STEIN, Alex; TUZET, Giovanni (eds.). *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 460-463.

⁴⁸ Ver FRUMKIN, Lara; STONE, Anna. Not all Eyewitnesses are Equal: Accent Status, Race and Age Interact to Influence Evaluations of Testimony. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, v. 18, pp. 123-45, 2020; y JOHNSON, Sheri Lynn. The Color of Truth: Race and the Assessment of Credibility. *Michigan Journal of Race & Law* v. 1, pp. 261-346, 1996, mencionados en el artículo de Gonzales Rose referido anteriormente.

⁴⁹ Si bien esto se asocia usualmente a prejuicios compartidos socialmente sobre cómo debería comportarse o testificar una “buena víctima”, también puede

Lo anterior tiene consecuencias directas en la valoración de la prueba. De esta forma, es posible ver cómo la ocurrencia de injusticias epistémicas tiene consecuencias en procesos criminales puntuales, a pesar de no haber tenido lugar en éste, sino por su ocurrencia sistemática en todas las instancias de la justicia. En los casos analizados de Victoria M. y Elizabeth B. se valora inadecuadamente un testimonio en virtud de las características epistémicamente fallidas del sistema judicial.

No obstante, lo anterior, pareciera que los casos Victoria M. y Elizabeth B. son en sí mismos injusticias epistémicas testimoniales. ¿Acaso no se está dañando a Victoria y a Elizabeth en tanto sujetos de conocimiento, al infravalorar su testimonio en virtud de malas comprensiones generalizadas al punto de ser parte del “sentido común” de todas las personas involucradas en el proceso? El modo habitual de valorar ciertas formas de expresión o identidades en el contexto judicial es lo que explica la disminución de credibilidad: es decir, incluso si existe un prejuicio a nivel individual, éste no parece ser el principal responsable de la valoración injusta. Es la dimensión institucional la que preocupa, pues parece que el juez, si desea seguir las reglas del sistema, *debería* valorar de esa forma a los testimonios. Prestando atención a estos casos, es que podemos considerar las elaboraciones conceptuales que tienden a contemplar las dimensiones institucionales de la injusticia epistémica.

3.2.5. INJUSTICIA EPISTÉMICA TESTIMONIAL INSTITUCIONAL Y EL ROL DE LOS EXCESOS DE CREDIBILIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN INSTITUCIONAL DE LA CREDIBILIDAD

Anderson puso de relieve la existencia de casos estructurales de injusticia epistémica testimonial⁵⁰. En ellos, la injusticia no se explica por una falla epistémica culpable prejuiciosa al nivel del oyente, sino que

explicarse apelando a una mala comprensión a nivel sistema de la realidad vivida de las víctimas de abuso. Ver: ASENSIO, Raquel; DI CORLETO, Julieta; PICCO, Valeria; TANDETER, Leah; ZOLD, Magdalena. *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2010.

⁵⁰ ANDERSON, Elisabeth. Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy* v. 26, n. 2, pp. 163-173, 2012.

depende de características estructurales del contexto donde ocurre el intercambio testimonial. Así, una persona no culpable epistémicamente puede asignar menor credibilidad de la adecuada a una persona en virtud de indicadores de credibilidad que, si bien podrían no ser arbitrarios (formas de expresión gramaticalmente incorrectas podrían ser índice de baja educación en un contexto en que se requiere que quien brinda testimonio posea un cierto grado de educación) afectan de manera desproporcionada a personas que quedan sistemáticamente al margen de espacios de educación. En este sentido, indicadores de credibilidad “genuinos” (como el uso correcto de la gramática) se tornan perversamente rasgos identitarios, generando un tipo de injusticia testimonial estructural cada vez que repercute en el descrédito hacia alguien en virtud de dicho rasgo.

Aquellos casos ponen de relieve problemas epistémicos difíciles de detectar, puesto que mirando la conducta epistémica de quien escucha, pasan completamente desapercibidos. El proceso judicial, como sistema epistémico, en este sentido, adolece de todas aquellas formas de injusticia testimonial estructural donde rasgos de credibilidad “genuinos” confluyen injustamente con rasgos identitarios. Según la (por cierto cuestionable) regla 609 de las FRE en Estados Unidos, las condenas anteriores de una persona pueden servir para impugnar su testimonio. Si la cantidad de condenas de personas racializadas es desproporcionadamente mayor que la de personas blancas (y, además, dentro de estas condenas, hay más probabilidades de que hayan sido injustas)⁵¹, al valorar deficitariamente el testimonio de alguien racializado en virtud de que ha sido condenado en el pasado, se produce una injusticia epistémica.

Ahora, queremos considerar la ocurrencia de casos de injusticia epistémica atribuibles a rasgos específicos del sistema judicial como sistema epistémico. En este caso, la causa fundamental de la injusticia testimonial no será una injusticia estructural, sino normas (más o menos explícitas) que delimitan roles institucionales, sus características fundamentales, y regulan el modo en que éstos deben interactuar. Son injusticias cometidas en virtud de una asignación arbitraria de credibilidad no tanto hacia una identidad social, sino hacia un rol institucional. La persona que ocupa ese

⁵¹ GONZALES ROSE, Jasmine. Race, Evidence, and Epistemic Injustice, *Op Cit*, p. 457-458.

rol padece la injusticia sistemática a pesar de que no exista un prejuicio “sabueso” que la acompañe en otras instancias de su vida. ¿Cabría pensar los casos de Victoria M. y Elizabeth B. desde esta perspectiva?

En el contexto legal tenemos roles explícitamente regulados para los funcionarios, peritos, policías, jueces, fiscales, presuntas víctimas, acusados, y testigos. Pareciera que la práctica indica (de manera más o menos explícita) que algunos roles conllevan en sí mismos rasgos de credibilidad. Suele leerse en sentencias, como razón para aceptar un testimonio, el hecho de que éste ha sido provisto por un funcionario público, un perito de oficio, e incluso un oficial de policía.⁵² Cabe entonces la pregunta de si ciertos roles, como el del acusado, o identidades semi-institucionalizadas, como los familiares del acusado, en especial sus madres, podrían llegar a tener rasgos de credibilidad negativos asociados. En todos los casos, lo que importa es si los rasgos institucionales de credibilidad, que pueden funcionar como razón legítima para creer o descreer según el caso⁵³, tienen un fundamento epistémico legítimo, o tienen un origen de otro tipo. Aunque esta discusión puntual excede los propósitos de este trabajo, convendría pensar si lo que el abogado refiere sobre Elizabeth B. en su rol de madre puede analizarse en estos términos. ¿Es legítimo suponer, *prima facie*, que las madres que declaran a favor de sus hijos, siendo estos acusados, tenderán a ser insensibles a la verdad?⁵⁴

⁵² Como pequeña muestra considérese: “Que estos sentenciadores han dado plena credibilidad a los dichos de los testigos de cargo, por cuanto además de ser claros y precisos, son concordantes entre sí y emanan de funcionarios públicos, sin interés en el juicio, que se limitan a dar cuenta de lo por ellos oído y observado en el cumplimiento de sus labores profesionales; como es el caso de la directora del Jardín Infantil al que asistía el ofendido y de los policías encargados del procedimiento.” Sentencia de 13 de mayo de 2011 del Tribunal de juicio oral en lo penal de Talca, RIT N° 156-2010.

⁵³ Por supuesto, no decimos con esto que funcionan como razones concluyentes, sino como razones que deben ponderarse con otros elementos para derivar un juicio de credibilidad determinado sobre la persona en cuestión. El punto es que ciertos roles brindan una razón *prima facie* para creer o descreer, que se tomará en cuenta a la hora de analizar la credibilidad, y puede ser derrotada por otras razones de mayor peso relacionadas al caso o persona particular.

⁵⁴ Es decir, no es necesariamente el caso de que mientan, sino algo diferente, que es testificar a favor de su hijo, con independencia de si éste es o no

Algo similar podemos preguntar respecto de los funcionarios públicos o judiciales. ¿Ellos tienden de hecho a ser veraces en virtud de su rol (es decir, como aseveración empírica o fundada en argumentos epistémicos), o debemos presuponer que esto es así para sostener la confianza en el sistema en su totalidad? En ambos casos, el testimonio de una persona “común” que contradiga los dichos de un funcionario público no está en pie de igualdad en términos de credibilidad. Es decir, se produciría una disminución de credibilidad relacional basada en la identidad de quien declara en oposición a la otra.

La idea de que los excesos de credibilidad también pueden dar lugar a injusticias epistémicas ha sido puesta sobre la mesa por variados autores⁵⁵. Cuando la credibilidad está distribuida social o institucionalmente, como es el caso de un juicio en el que declaran personas que suelen discrepar sobre lo ocurrido, un error en la valoración de un testigo repercute en la credibilidad de quien afirma lo contrario, incluso cuando esta persona ha recibido una valoración conforme. Por ejemplo, al asignar una credibilidad desproporcionadamente alta a un perito oficial, se afecta a quien se opone a su testimonio, como un perito de parte, porque incluso cuando éste ha recibido una valoración adecuada, ante la discrepancia se tenderá a no creer en él, priorizando lo dicho por el perito oficial.⁵⁶

Los roles oficiales, al tener un rasgo de credibilidad asociado, nos hacen prestar atención a su complemento: el rol institucional de

culpable. Su testimonio no sería confiable, *prima facie*, por no ser suficientemente sensible a la verdad.

⁵⁵ MEDINA, José. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, v. 25, n. 1, 2011 p. 15–35; DAVIS, Emmalon. Typecasts, Tokens, and Spokespersons: A Case for Credibility Excess as Testimonial Injustice. *Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy*, v. 31, n. 3, 2016, pp. 485–501; LACKEY, Jennifer. False Confessions and Testimonial Injustice. *Journal of Criminal Law & Criminology* v. 110, n. 1, p. 43–68, 2020; LACKEY, Jennifer. Eyewitness Testimony and Epistemic Agency. *Noûs* v. 56, n. 3, pp. 696–715, 2022; LACKEY, Jennifer. *Criminal Testimonial Injustice*, Oxford: Oxford University Press, 2023.

⁵⁶ Este caso puede construirse alternativamente como un caso de “exceso de credibilidad entre pares” o de “exceso de credibilidad hacia el experto”, referidos por LACKEY, Jennifer. *Criminal Testimonial Injustice*, Oxford: Oxford University Press, 2023.

“los no oficiales” que incluso sin rasgos de credibilidad asociados, tienen una desventaja relacional sistémica. La posible arbitrariedad de esto, en un contexto tan crucial para las personas como es el de un proceso judicial, da lugar a la idea de injusticia epistémica institucional. Además, si tenemos en cuenta que algunos roles, como el del acusado o las madres de los acusados, pueden construirse en parte en virtud de características asociadas a rasgos identitarios (quizás cierta idea exagerada, romántica o sexista acerca de lo que las madres están dispuestas a hacer por sus hijos), ciertas injusticias institucionales tendrán como correlato injusticias testimoniales transaccionales en otros ámbitos.

Hay otro aspecto en que los roles podrían explicar algunas injusticias epistémicas sistemáticas. Si volvemos a prestar atención al modo en que la marginación hermenéutica de grupos no privilegiados delimita los contornos del sentido común presente en operadores judiciales, objetivado y sistematizado en forma de máximas de experiencia e incluso en el contenido de algunas leyes y materiales complementarios oficiales, cabe preguntar si el testigo ideal no constituye un rol institucionalmente regulado, dando cuenta de la forma en que un testigo debería expresarse tanto en sus formas externas (gestos, ademanes, entonaciones, silencios, etc.) e internas al contenido de lo dicho (estructura narrativa, formas gramaticales, expresiones utilizadas, claridad expresiva). También importa tener en mente cuestiones relacionales que implican su capacidad para sostener su versión ante preguntas, evidencia contradictoria y cambios en la temporalidad de lo dicho. ¿Cuántos de estos atributos son genuinos indicadores de credibilidad, y cuántos son, solapadamente, indicadores de un sentido común sesgado por una carencia conceptual? ¿Hasta qué punto las personas que se alejan de esta imagen pueden recibir menor credibilidad de manera arbitraria y sistemática dentro de la institución judicial? Los casos de Victoria A. y Andrea D. caerían bajo esta interpretación.⁵⁷ En el caso 6, la descripción caricaturesca del testimonio de Marcos B. es coincidente con el modo en que se concibe al testigo ideal.

⁵⁷ Sin por ello reducirlo a este fenómeno, toda vez que en la desestimación del testimonio de las víctimas de trata en el caso Marita Verón se puso en juego mucho más que esto, sobre todo prejuicios e ignorancia activa por parte de los jueces involucrados.

3.2.6. INJUSTICIA EPISTÉMICA AGENCIAL.

Queremos poner de relieve una forma de injusticia epistémica que se aleja sustancialmente de la concepción original de Fricker, y fue identificada recientemente por Jennifer Lackey⁵⁸, primero aplicada al caso de las falsas confesiones y luego expandida a otras interacciones, como el caso de los testigos oculares dentro del sistema criminal. Esta forma de injusticia epistémica es de sumo interés porque es presentada como un caso de injusticia específicamente asociada a la Justicia en sus distintas facetas epistémicas, no sólo durante el juicio criminal, sino también en instancias previas, como los interrogatorios y etapas de averiguación realizados por la policía.

La noción de agencia epistémica es simple, aunque no fácil de teorizar. Decir que las personas son agentes epistémicos es un poco más fuerte que decir que nuestras creencias son sensibles a la evidencia, en el sentido de que tendemos a creer en concordancia con la evidencia y que la presentación de evidencia en contra nos hace dudar. La idea es que, si bien las creencias no son actos voluntarios, tampoco son estados o procesos pasivos que tienen lugar “a espaldas” de nosotros, como si fueran un sarpullido o una reacción alérgica que “aparecen” tras la exposición a la evidencia. Según Reed, entre la pasividad inerte y la acción voluntaria, existe un espacio intermedio, del que forman parte las creencias y el conocimiento, en el que se pone en juego un cierto carácter intelectual del agente o “naturaleza cognitiva interna”⁵⁹. En este sentido, somos responsables epistémicamente de lo que creemos: somos capaces de evaluar nuestra propia situación epistémica y sus limitaciones, y de ponernos personalmente a cargo de la verdad de lo que creemos y de lo que decimos.

La idea de agencia epistémica está involucrada en el concepto mismo de dar testimonio, toda vez que es un acto libre por el cual una

⁵⁸ Aunque, en rigor, en POHLHAUS, Gaile. *Varieties of Epistemic Injustice*. Op. Cit. ya se habla de injusticia epistémica agencial, ésta refiere a un fenómeno más amplio y está muy poco desarrollada.

⁵⁹ REED, Baron. Who Knows? En: FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (ed.). *Performance Epistemology: Foundations and Applications*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 110.

persona le dice algo a otra con la intención de ser creída. En la ley, esta idea parece estar reflejada en varios puntos centrales de los sistemas procesales, como el juramento, los límites del testimonio (nunca una persona hipnotizada podría ser considerada como dando testimonio), el principio de oralidad, y algunas limitaciones al interrogatorio impuestas por la ley.⁶⁰

Para comprender en qué consiste la injusticia epistémica agencial, prestemos atención a uno de los casos centrales que interesan a Lackey. El de las falsas confesiones constituye, según la autora, un caso de este tipo, toda vez que existe una valoración excesiva e injustificada de la confesión, sobre todo cuando ésta ha sido “extraída” de la persona de maneras que anulan la posibilidad de que ésta ejerza plenamente su agencia epistémica. Cuando los interrogatorios se prolongan, la persona está privada de sueño, cansada y bajo estrés, cuando se le puede hacer creer —al menos en Estados Unidos— que se tiene información que no se tiene, e incluso amenazarla, es claro que la persona no está en condiciones de ejercer su agencia epistémica plenamente, y el testimonio es “extraído” a sus espaldas. Lo interesante (y dramático) del caso, es que los testimonios obtenidos de esta forma son vistos como más valiosos que los testimonios obtenidos cuando la persona está en pleno ejercicio de su agencia epistémica. Tal como señala la autora, nunca una retractación libre tendrá tanto peso como una confesión “extraída”. Este excesivo peso *es altamente resistente a la contraevidencia*, manifestando un error epistémico viciado prejuiciosamente.⁶¹ Además, el que la valoración excesiva esté anclada precisamente en el modo “extractivo” de obtener el testimonio, tiene como consecuencia un daño hacia la persona en tanto agente epistémico: “(...) aquí, uno es epistémicamente agraviado en virtud de ser considerado un testimoniante, un dador de conocimiento,

⁶⁰ En Argentina: Art. 297 (CPPF) “En el examen directo no se admitirán preguntas sugestivas o indicativas salvo que se autorice el tratamiento para el testigo hostil. En el contraexamen las partes podrán confrontar al testigo o perito con sus propios dichos o con otras versiones. *En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar al testigo o perito*” (el énfasis es nuestro). Para el caso chileno ver art. 330 (CPP).

⁶¹ Lackey trata esta cuestión con sumo cuidado, argumentando detalladamente en contra de interpretaciones “epistémicamente aceptables” del alto valor asignado a la confesión.

solo cuando se extrae el propio testimonio y, por lo tanto, cuando éste es el producto de un proceso que subvierte la propia agencia epistémica”⁶².

Esta idea de que accedemos a “los estados más verdaderos de la persona” restringiendo su agencia epistémica es suficientemente ubicua como para motivarnos a pensar en otras prácticas del proceso judicial donde podríamos encontrarlas. Así, la práctica del contraexamen puede y debe ser analizada bajo esta óptica.⁶³ Al prestar atención a la forma estandarizada en la que los contrainterrogatorios ocurren (manuales, cursos, e incluso estrategias habilitadas por la ley, por ejemplo, las de las preguntas cerradas) se habla de “controlar” al testigo utilizando metáforas bélicas, y métodos que parecen apuntar a subvertir la agencia epistémica del testigo. En las clases sobre cómo realizar un buen contrainterrogatorio podemos encontrar las siguientes recomendaciones para controlar al testigo: Preguntas cerradas; velocidad y ritmo rápido (“que no permita que el testigo, entre comillas, piense”), interrogatorio temático (“porque el testigo así no puede seguir el orden que estamos haciendo”); no crear espacios de silencio (“no darle tiempo al testigo para que vuelva a cobrar fuerza e intentar tirar de su interrogatorio que ya conoce”).⁶⁴

Dada la centralidad del contraexamen en los sistemas actuales, merece la pena analizar con más detalle la posibilidad de que, tal y como está diseñado actualmente, el contraexamen sea una práctica epistémica extractiva que da lugar a injusticias epistémicas agenciales sistemáticas hacia partes centrales del proceso, como son los testigos. A todas luces, los casos Nora y, hasta cierto punto, Marcos B., muestran tanto la resistencia de los testigos a ser tomados como un mero medio evidencial para extraer una cierta información, como la escasa efectividad epistémica que puede tener el contraexamen entendido como control del testigo.

⁶² Lackey, *False Confessions and Testimonial Injustice*. Op.Cit., p: 61. La traducción es nuestra.

⁶³ En lo que sigue seguiremos el abordaje hacia el contraexamen ofrecido por RIMOLDI, Florencia. *Epistemología del testimonio en el contexto legal. Tendencias contrapuestas en el juicio criminal*. Disertación en Seminario de Derecho y Lenguaje de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de San Luis, Argentina, 2022.

⁶⁴ Técnicas de Interrogatorio y contrainterrogatorio, por Oscar Fernández de León: <https://www.youtube.com/watch?v=AjGXQdzJIHU> Última visita: 26 de diciembre de 2022.

4. DISEÑO INSTITUCIONAL E INJUSTICIAS EPISTÉMICAS.

Los casos relevados en la sección 2 ilustran situaciones no deseables en los procesos penales. La noción de injusticia epistémica es una herramienta útil para echar luz sobre las mismas, toda vez que permite ver qué es lo que podría estar mal (un daño y una carencia epistémica) y qué las produce (una falla ético-epistémica). En este escenario el concepto de injusticia epistémica es prometedor para enfrentar problemas de diseño y evaluación de los procesos penales; sobre todo en comunidades en que los que deciden son incapaces de advertir prácticas injustas sobre quienes no comparten su identidad social. En esta sección, ofrecemos un esbozo de lo que cabe aprender de las injusticias epistémicas para el diseño y evaluación de los procesos penales, enumerando algunas estrategias posibles que abordan las categorías presentadas en los acápitos 2.1-2.4.

4.1. POSIBLES REMEDIOS FRENTE AL RIESGO DE PRIVACIÓN A UN SUJETO DE LA POSIBILIDAD DE COMUNICAR/CALLAR UN MENSAJE FUNCIONAL A SU RECONOCIMIENTO.

i. Regular el uso de las preguntas cerradas, permitiendo su uso siempre y cuando éste conduzca a un contraexamen que no desvirtúe las características de un intercambio testimonial normal. Para esto, el juez podría tener la potestad plena de modificar las condiciones del contraexamen durante el transcurso del mismo, si nota que, mediante las estrategias ya conocidas (preguntas cerradas, poco tiempo para pensar la respuesta, preguntas sugestivas o engañosas) el testigo no está pudiendo expresarse y ejercer plenamente su agencia epistémica. Y esto no es abstracto, la persona tiene derecho a tomarse el tiempo para procesar la pregunta, y pensar y acomodar las contradicciones de su relato señaladas por el abogado, ya sea internas a éste o en relación con otras evidencias.

ii. Espacio final para desambiguar relatos producidos por víctimas, testigos o peritos. Esto ya se encuentra disponible para los acusados. Por supuesto que tendría que ceñirse a tiempos máximos y reglas estrictas.

iii. Estandarizar la forma de presentar relatos de testigos y víctimas. El texto de la sentencia suele ser la única pieza disponible para quienes no participan directamente en los procesos judiciales. Salvo

excepciones es difícil acceder a lo que ha sido dicho en las audiencias de prueba⁶⁵, a excepción de lo que se reconstruye en las sentencias. En sistemas en que operan jueces que justifican sus decisiones hay una enorme diversidad en la manera de presentar las declaraciones rendidas. La tecnología disponible permite conservar lo que ha sido dicho por los distintos participantes, aun cuando sea difícil de revisar por los lectores que deberán buscar en un extenso registro. Por cierto, cabe explorar formas de búsqueda dentro de esos archivos que eviten que lo que ha sido dicho, simplemente se pierda. El asunto no termina ahí, pues un mayor nivel de sofisticación en la manera de reconstruir lo que ha sido dicho, en términos de que sirva de soporte a las decisiones podría constituir un gran avance. La noción de injusticia epistémica podría contribuir a la elección de qué es lo que se debiera conservar en el texto de la sentencia y de que se podrá prescindir. En ciertos casos especialmente sensibles podría darse al declarante la opción de rescatar algunos párrafos que se estimen especialmente importantes. Por otra parte, aquellas declaraciones desde las cuales se hagan inferencias debieran ser incorporadas. Un ejemplo, podría ser en el caso de Andrea D. en lo que concierne a las preguntas y respuestas realizadas respecto a su experiencia mientras estaba siendo trasladada de Misiones a La Rioja.

4.2. POSIBLES REMEDIOS A LOS PROBLEMAS DE CREDIBILIDAD DISMINUIDA EN RAZÓN DE PREJUICIOS.

i. Prohibición de privar de valor a la declaración de un testigo como un todo. Este sería el caso de Andrea D. y de Victoria M. Si hay algo que dentro de una declaración no es sostenible, será solo ese fragmento el que podrá ser privado de valor. Una medida como la indicada es una forma de resguardar que prejuicios (a veces, inconscientes) sean los que priven de credibilidad a una persona.

⁶⁵ Los relatos de testigos y víctimas incorporados en este texto supusieron la solicitud de los registros de audio y realizar transcripciones. Se trata de una opción de difícil acceso a la ciudadanía, en general. El relato completo permite un conocimiento mucho más profundo del caso en concreto y, por tanto, la experiencia de reconocimiento puede perdurar en la medida que se tenga un mejor acceso a las declaraciones (al menos, en lo relevante).

ii. Repensar formas de deliberación de los tribunales colegiados. Hacer posible que se hagan transparentes lo que podrían ser incapacidades de comprender trasfondos desde los cuales, víctimas, acusados y testigos están operando. La deliberación pública, o al menos realizada frente a quienes han sido sus participantes, probablemente hará más sensible al tribunal al momento de asignar valor a las declaraciones recibidas, teniendo especial cuidado en que los prejuicios no determinen las decisiones.

4.3. POSIBLES REMEDIOS A LIMITACIONES EN LA COMPRESIÓN DEL MENSAJE.

Los procesos judiciales establecen jerarquías que parecen ineludibles en un contexto de toma de decisiones dotadas del carácter de definitivas. El resguardo para que quienes se encuentran en posiciones de superioridad (sobre todo, el tribunal) no hagan un mal uso de su primacía hermenéutica es considerar instancias en que la errónea comprensión del mensaje no resulte inmune a la crítica.

i. Obligación de tribunal que dicta la decisión de desambiguar párrafos en que se reconstruye lo declarado por testigos o se presentan inferencias. Se trataría de una actuación previa a la interposición de recurso ante tribunal superior, en que deberían seleccionarse fragmentos relevantes en que las partes tengan la oportunidad de hacer visible un defecto en la comprensión del mensaje. Por supuesto, que sería preciso establecer restricciones que afecten las respuestas oportunas del sistema y en que la recurrente tenga una importante carga de la argumentación. Así, por ejemplo, respecto de la manera de sacar conclusiones a partir de un cuaderno como el de Victoria M. sería útil que se cuente con la posibilidad de desafiar en orden a que está yendo demasiado lejos en sus conclusiones y que hay una bastante más simple que lo explicaría. Esto se vincula con lo que se indica a continuación.

ii. Estandarizar la forma de presentar las máximas de la experiencia. Uno de los espacios más problemáticos de la elaboración del discurso de motivación es el uso de las máximas de la experiencia. En tal sentido, hablar de ellas como necesarias pero peligrosas aparece

como una reconstrucción especialmente afortunada⁶⁶. Según ya se ha advertido en líneas previas, para enfrentarse a ese escenario sería preciso dar razones que no parezcan de mero sentido común (en su sentido más débil) para poder hacer uso de ellas, pero tampoco imponer una carga de argumentación insoportable a quienes las sostengan. Una posibilidad sería consolidar una estructura lógica que obligue a litigantes y jueces a hacerse responsable de sus dichos⁶⁷.

4.4. POSIBLES REMEDIOS A PROBLEMAS DE CREDIBILIDAD DISMINUIDA EN RAZÓN DE ROLES INSTITUCIONALMENTE VALIDADOS.

No se trata de personas que son sospechosas como fuente de información en términos generales, sino por una posición específica en la que están participando. La razón obedece a ciertas creencias extendidas, pero que no están demostradas.

i. Obligación de dar razones para considerar una cierta condición como determinante de la falta de credibilidad, incluso cuando éstas parezcan de sentido común. Así, si se sospecha, por ejemplo, que una madre no está dispuesta a perjudicar a su hijo mediante su testimonio, o que un acusado no está diciendo la verdad, habrá que hacer transparente por qué aquello ocurriría.

ii Regular la valoración *prima facie* positiva del testimonio de funcionarios públicos por su mero rol institucional, limitando su ocurrencia a casos específicos y contextualmente justificados, en los que sea demostrable que para la persona en cuestión el rol público que detenta tiene un peso en relación con su credibilidad.

⁶⁶ Refiriéndose a generalizaciones y relatos, la expresión es de ANDERSON, Terence; SCHUM, David TWINING, William, Análisis de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 321-350.

⁶⁷ Las posibilidades son múltiples. Un ejemplo tomado de la India antigua es el siguiente: “(1) ¿Hay fuego en la montaña? (2) La montaña echa humo. (3) Y a donde hay humo hay fuego, como en la cocina, y a diferencia del lago. (4) Dado que de aquella montaña sale humo, tiene por tanto fuego. (5) Hay fuego en la montaña.” ARNAU, Juan. Arte de probar. *Ironía y lógica en la India antigua*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 39 – 40.

5. CONCLUSIÓN

En este trabajo hemos puesto de relieve dos modos en que la noción de injusticia epistémica es útil para repensar los procedimientos penales. En un primer sentido, hemos examinado casos que exhiben distintas formas en las que el diseño institucional, tal como está articulado, puede dar lugar a escenarios subóptimos, tanto en relación con la información obtenida como en relación con el trato dispensado hacia las personas involucradas. Hemos mostrado que estos casos pueden esclarecerse a la luz de la noción de injusticia epistémica en sus distintas formas, y que comprenderlos de tal manera permite pensar en mejoras de diseño que apunten a minimizar errores (lo que hemos llamado “aspecto metodológico”) y a mejorar la experiencia de las personas involucradas en el proceso (“aspecto simbólico”). En un segundo sentido, la relación *categorica* que existe en la injusticia epistémica entre los aspectos epistémicos y éticos de dicho fenómeno, permite poner en cuestión una forma usual de comprender la labor de la epistemología en los procesos judiciales (y de lo epistémico en general) como ajeno (e incluso opuesto) a sus preocupaciones sociales o éticas. Esta forma “compartimentada” de ver las cosas es, creemos, contraproducente, y oscurece relaciones que son centrales para pensar el mejor diseño posible. En el caso que compete a este trabajo, dificulta apreciar adecuadamente la relevancia epistémica del trato digno.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos “racionalistas” ahora? *Revus* [Online], v. 39, p. 85-102, 2019. <https://doi.org/10.4000/revus.5559>

ALLEN, Ronald; LEITER, Brian. Naturalized epistemology and the law of evidence. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 8, p. 1491-1550, 2001. <http://dx.doi.org/10.2307/1073901>

ALLEN, Ronald. Naturalized Epistemology and the Law of Evidence Revisited. *Quaestio facti: Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, v. 2, pp. 253-284, 2021. http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22446

ANDERSON, Elisabeth. Epistemic Justice as a Virtue of Social Institutions. *Social Epistemology: A Journal of Knowledge, Culture and Policy*, v. 26, n. 2, pp. 163-173, 2012.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David TWINING, William, *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

ARNAU, Juan. *Arte de probar. Ironía y lógica en la India antigua*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2008.

ASENSIO, Raquel; DI CORLETO, Julieta; PICCO, Valeria; TANDETER, Leah; ZOLD, Magdalena. *Discriminación de género en las decisiones judiciales: justicia penal y violencia de género*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2010.

AULTMAN, Lee. Epistemic Injustice and the Construction of Transgender Legal Subjects, *Wagadu: A Journal of Transnational Women's and Gender Studies*, v. 15, pp. 12-34, 2016.

BEEBY, Laura. A Critique of Hermeneutical Injustice: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, v. 111, pp. 479-486, 2011.

COLOMA, Rodrigo. Conceptos y razonamientos probatorios. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 30, n. 2, pp. 31-56, 2017. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000200002>

DAVIS, Emmalon. Typecasts, Tokens, and Spokespersons: A Case for Credibility Excess as Testimonial Injustice. *Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy*, v. 31, n. 3, pp. 485-501, 2016. <https://doi.org/10.1111/hypa.12251>

ESCOFFIÉ, Carla. El racismo en la política de vivienda. Disponible en: <https://www.animalpolitico.com/hojas-en-el-cenicero/el-racismo-en-la-politica-de-vivienda/>. Acceso en: 13. dic. 2022.

FEIERSTEIN, Daniel. *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Buenos Aires: FCE, 2015.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

FRICKER, Miranda. Epistemic Injustice and the Preservation of Ignorance. En: BLAAUW, Martijn; PEELS, Rik (eds.). *The Epistemic Dimensions of Ignorance*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 144-159, 2016.

FRICKER, Miranda. Conceptos de injusticia epistémica en evolución". En DE BRASI, Leandro; SANTIBÁÑEZ, Cristián (eds.). *Injusticias epistémicas: Análisis y contextos*. Lima: Palestra, p. 12-34. 2022.

FRUMKIN, Lara; STONE, Anna. Not all Eyewitnesses are Equal: Accent Status, Race and Age Interact to Influence Evaluations of Testimony. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice*, v. 18, pp. 123-45, 2020.

GINZBURG, Carlo. *El queso y los gusanos*. Barcelona: Península, 2016.

GOLDMAN, Alvin. Why Social Epistemology is Real Epistemology. En MILLAR, Alan y PRITCHARD, Duncan (eds.). *Social Epistemology*. USA: Oxford University Press, 2010, pp. 1-29.

GONZALES, Jasmine. Race, Evidence, and Epistemic Injustice. En: DAHLMAN, Christian; STEIN, Alex; TUZET, Giovanni (eds.). *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 457-475, 2021.

HUBER, Peter. *Galileo's Revenge*. New York: BasicBooks, 1993.

JOHNSON, Sheri Lynn. The Color of Truth: Race and the Assessment of Credibility. *Michigan Journal of Race & Law*, v. 1, pp. 261-346, 1996.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass. *Ruido. Un fallo en el juicio humano*. Santiago: Debate, 2021.

KIDD, Ian; MEDINA; POHLHAUS, Gaile. *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. New York: Routledge, 2017

KUKLA, Quill. Situated Knowledge, Purity and Moral Panic. En: LACKEY, Jennifer (ed.). *Applied Epistemology*. Oxford: Oxford University Press, p. 37-68, 2021.

LACKEY, Jennifer. False Confessions and Testimonial Injustice. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 110, n. 1, p. 43-68, 2020.

LACKEY, Jennifer. Eyewitness Testimony and Epistemic Agency. *Noûs* v. 56, n. 3, pp. 696-715, 2022. <https://doi.org/10.1111/nous.12380>

LACKEY, Jennifer. *Criminal Testimonial Injustice*, Oxford: Oxford University Press, 2023.

LAUDAN, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LE BONNIEC, Fabien; NAHUELCHERO, Pamela. La mediación lingüístico-cultural en los tribunales en materia penal de la Araucanía. *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law*, v. 67, p. 279-293. <https://doi.org/10.2436/rld.i67.2017.2846>

LUBAN, David; WENDEL, Bradley. La filosofía de la ética profesional: una historia entrañable. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v.XXXI II - N° 2, 2020, pp. 49-78.

MEDINA, José. The Relevance of Credibility Excess in a Proportional View of Epistemic Injustice: Differential Epistemic Authority and the Social Imaginary. *Social Epistemology*, v. 25, n. 1, p. 15–35, 2011. <https://doi.org/10.1080/02691728.2010.534568>

MEDINA, José. *The Epistemology of Resistance: Gender and Racial Oppression, Epistemic Injustice, and Resistance Imaginations*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PÉREZ, Moira; RADI, Blas. El concepto de ‘violencia de género’ como espejismo hermenéutico. *Igualdad, autonomía personal y derechos sociales*, v. 8, p. 69-88, 2018.

RADI, Blas. Injusticia hermenéutica: un ejercicio de precisión conceptual. *Estudios de Filosofía* v. 66, p. 97-110, 2022. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347837>

RIMOLDI, Florencia. *Epistemología del testimonio en el contexto legal. Tendencias contrapuestas en el juicio criminal*. Disertación en Seminario de Derecho y Lenguaje de la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de San Luis, Argentina, 2022.

REED, Baron. Who Knows? En: FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (ed.). *Performance Epistemology: Foundations and Applications*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 106-123.

SANDOVAL, Sebastián. El sentido común y las máximas de la experiencia. *Ius et Praxis*. (en prensa).

VON WRIGHT, G. H. *Ciencia y razón*. Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1995.

Authorship information

Rodrigo Coloma. Profesor titular de la Facultad de Derecho. Doctor en Derecho. rcoloma@uahurtado.cl

Florencia Rimoldi. Profesora Asociada. Doctora en Filosofía. frimoldi@filo.uba.ar

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Este artículo es producto de las investigaciones de «Imputatio: Centro de Análisis sobre la atribución de intenciones y la imputación de responsabilidades» de la Universidad Alberto Hurtado, y del proyecto UBACyT “Injusticia epistémica y epistemología del testimonio”, de la Universidad de Buenos Aires. Agradecemos a Renato Lira por la paciente lectura y contribución en la edición final del texto.

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

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

- *Rodrigo Coloma:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Florencia Rimoldi:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 30/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 31/12/2022
- Review 1: 11/01/2023
- Review 2: 22/01/2023
- Review 3: 23/01/2023
- Preliminary editorial decision: 12/02/2023
- Correction round return: 02/03/2023
- Final editorial decision: 15/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (JM, AP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

COLOMA, Rodrigo; RIMOLDI, Florencia. ¿Es útil el concepto de injusticia epistémica para los procedimientos penales? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 261-307, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.789>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

*Fundamentals of
Criminal Procedure*


Principio de ofensa en la suspensión de la pena de falta en la legislación chilena

Offense principle in the suspension of the misdemeanor sanctions under the Chilean law

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa¹

Universidad de los Andes, Santiago, Chile

rguerra@uandes.cl

 <https://orcid.org/0000-0003-2540-8814>

RESUMEN: Este trabajo busca estudiar la disposición del artículo 398 del Código Procesal Penal chileno según los parámetros del principio de ofensa. Para esto procederemos de la siguiente forma. En las primeras secciones del artículo, analizaremos la naturaleza de los delitos de bagatela en el ordenamiento jurídico chileno. Luego, estudiaremos el contenido teleológico subjetivo de la suspensión de la pena y sus efectos. Finalmente, presentaremos los criterios para diferenciar el principio de ofensa y del daño, enfocados en la necesidad de implementar una lectura desde la noción de ofensa que evite una sanción excesiva de faltas en el ordenamiento penal chileno.

PALABRAS-CLAVE: Suspensión de la pena; principio de ofensa; falta penal.

ABSTRACT: *This paper aims to study the article 398 of the Chilean Code of Criminal Procedure according to the parameters of the offense principle. For this purpose, we will proceed as follows. In the first sections of the article, we will analyze the nature of petty crimes in the Chilean legal system. Then, we will study the*

¹ Profesor asociado Universidad de los Andes, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Público, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa, Universidad de Chile. Magister en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg. Minor en Sociología, Universidad Alberto Hurtado. Abogado, Universidad Alberto Hurtado. Esta publicación se inserta en el proyecto de iniciación de investigación Fondecyt 11190024 titulado “Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad”.

subjective teleological content of the suspension of the sentence and its effects. Finally, we will study the criteria to differentiate the principle of offense and harm, focusing on the need to implement a reading that avoids excessive criminalization of misdemeanors in the Chilean criminal system.

KEYWORDS: *probation; offence principle; criminal offense.*

SUMARIO: Introducción; 1. Delitos de bagatela; 2. Interpretación teleológico-subjetiva; 3. Efectos de la suspensión; 4. Principio del daño; 5. Inicios del concepto de ofensa; 6. Principio de ofensa como criterio rector; 7. Suspensión de la pena: ¿una decisión arbitraria del órgano jurisdiccional?; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Según el artículo 398 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) chileno, la suspensión de la imposición de una pena es posible “cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N ° 18.216”.

También la disposición indica que “transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”. Así, esta disposición nos enfrenta a la conveniencia de sancionar la comisión de una falta en el sistema penal. De ahí que sea necesario identificar cuáles son los parámetros para realizar esta tarea. Con todo, esta “no afecta la responsabilidad civil derivada del delito”, lo que demuestra que la aplicación del artículo 398 del CPP permite delimitar el Derecho penal de otros ordenamientos con facultades sancionatorias².

² Consideración que introduce la Ley 20.074 que reemplazó la expresión *hecho imputado por falta imputada* y título *suspensión de la imposición de condena*

Más allá de estas primeras consideraciones legales, la suspensión de la pena permite controlar el nivel de la ofensa en materia penal cuando otros sistemas no puedan hacer este trabajo con mayor eficacia. La suspensión dependerá entonces, por un lado, de la necesidad de otras medidas administrativas —de menor intensidad a las penales— en favor de la protección de un interés jurídico y, por otro, de la posibilidad de recurrir a medidas de orden civil en el control de la conducta ofensiva³. Dentro de este marco teórico, el principio de ofensa aparece como una estrategia de argumentación para fundamentar las necesidades de suspensión.

Si bien en la doctrina penal chilena existen estudios del principio de ofensividad que impide “penalizar infracciones puramente formales carentes de contenido material injusto... en que no se aprecia bien jurídico tutelado o es vago”⁴, demostraremos que el principio de ofensa entrega otras herramientas para fundamentar la suspensión de la pena. El hecho de que esta propuesta no resulte ajena al sistema chileno está

por suspensión de la imposición de condena por falta. De ahí que la disposición del artículo 398 sea inaplicable a los ilícitos de un procedimiento simplificado, es decir, en el caso de un simple delito. En ese sentido, véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, 13/02/2009, Rol N ° 6-2009; Sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, 02/12/2008, Rol N ° 305-2008, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 02/07/2008, Rol N ° 1089-2008, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 29/11/2007, Rol N ° 2404-2007; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 27/08/2007, Rol N ° 433-2007; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 17/11/2006, Rol 2163-2006.

³ En este orden de ideas, es interesante observar en la literatura comparada el límite en el tratamiento de las conductas ofensivas desde la esfera de competencia del ordenamiento jurídico penal en FEINBERG, J. *Offense to others. The moral limits of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1985, p.3. Conductas ofensivas que aparentemente sería similares a las faltas contempladas en el artículo 494 y 495 y siguientes del Código Penal chileno.

⁴ NÁQUIRA, J., IZQUIERDO, C. y VIDAL, V., “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-r2, pp. 20-21 y un desarrollo histórico de Principios y penas en el derecho penal chileno tanto en Chile como en Italia, véase CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol.20, n ° 2, 2013, pp. 85-120.

en la posibilidad de sancionar comportamientos que provoquen graves estados de perturbación social⁵.

De este modo, explicaremos por qué, desde una metodología analítico-dogmática, el principio de ofensa es un baremo adecuado en la suspensión de la pena en la legislación chilena. Atendiendo a esta problemática, observaremos que la suspensión presenta una serie innominada de criterios en la literatura que ponen en crisis su aplicación por razones de seguridad jurídica. Desde la función que cumple esta, las sentencias expresan a menudo su uso condicionado a la mera enunciación del artículo 398 del CPP sin otros argumentos político-criminales⁶. A modo de ejemplo, incluso algunas sentencias sostienen que la suspensión “es facultativa para el juez de la causa y como tal, no es susceptible de yerro jurídico y descarta toda posibilidad de revisión”⁷.

Por eso, en este marco, si bien en la suspensión de la pena “hay un juicio de culpabilidad; lo que se suspende son los efectos penales que [la sentencia] produce”⁸. Sobre esta idea, se manifiesta la necesidad de una comprensión normativa del principio de ofensa para la reserva de pena. De esa forma, dialogamos con el principio en la búsqueda de límites que sean propios de un Derecho penal liberal y democrático⁹.

⁵ Es decir, conductas que están desvinculada a la concreta lesividad de los derechos de los agentes en sociedad, véase MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’ a propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17, 2015, p. 11, nota 39.

⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal. Multiculturalismo y Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, *passim*.

⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N.º 309-2013, del 9 de abril de 2013, considerando octavo. También se observa la misma tendencia en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 70-2006, del 30 de junio de 2006, considerando tercero.

⁸ NÚÑEZ VÁSQUEZ, J., *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomo II*, Editorial Jurídica, Chile, 2003, p. 419.

⁹ Ahora bien, se precisa en la doctrina que el término penal solo alude a la pena principal y este excluiría las accesorias. Pues bien, “el artículo 2º de la misma Ley N.º 18.216 que señala que rige el artículo 398 del Código Procesal Penal tratándose de las faltas, y dicha norma procesal se refiere a la ‘suspensión de la pena y sus efectos’, en singular, y en ningún caso a las penas accesorias, pues se emplea como artículo ‘la’ y sustantivo ‘pena’, lo que no conlleva

En consecuencia, la literatura identifica con precisión el objetivo de la suspensión¹⁰, pero no define el grado de ofensa para su aplicación. Con este propósito, el artículo 398 del CPP entrega un espacio para la aportación de criterios normativos en la sanción de faltas ajenas a la categoría de la criminalidad de bagatela y, asimismo, nos obliga a definir cuándo una falta es relevante en términos penales¹¹. Desde este punto de partida, “las faltas en nuestra legislación no han sido abordadas con la importancia que el tema reviste, lo que se demuestra por el escaso interés del Ministerio Público en investigar este tipo de hechos y la tendencia a un rápido archivo”¹². Es más, en el sistema chileno “desde diciembre del año 2000, en que aproximadamente el setenta por ciento de las denuncias que se formulan ante Ministerio Público se refiere a faltas lo que, según el mismo Ministerio, produce un atochamiento en el sistema

pluralidad”, véase VERA LAMA, R., “Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público”, *Revista Actualidad Jurídica* n° 34, 2016, p. 265.

¹⁰ En este contexto, “resulta mejor hablar de reserva de fallo que de suspensión. Pero depende, en definitiva, de la manera como se haya regulado la medida. Por ejemplo, en Alemania, se prefiere la expresión reserva de pena (*Strafvorbehalt*) debido a que, según el § 59 del Código Penal, se trata más bien de una amonestación con reserva de pena. El juez debe, además de establecer el veredicto de culpabilidad (*Schuldanspruch*), determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Lo que se suspende entonces es la imposición de una pena que ya ha sido fijada. En Francia, se hace referencia claramente al aplazamiento del pronunciamiento de la pena (*ajournement du prononcé de la peine*)”, véase HURTADO POZO, J., “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo”, *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1997, p. 2.

¹¹ En este contexto, es interesante destacar que la “doctrina nacional apenas ha ahondado en el sentido y función de la pena durante su ejecución ni tampoco en una crítica severa hacia la falta de regulación legal y la desprotección jurídica que sufren los condenados a penas de encierro”, véase HORVITZ, M.I., “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, *Política criminal*, Santiago, 2018, p. 930.

¹² CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal. Consideraciones en torno a una reforma”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, n° 1, 2005, p. 362.

de investigación”¹³. Esto evidencia que la importancia de la suspensión radica en el carácter subsidiario del Derecho penal¹⁴.

Conforme con lo anterior, en la primera sección explicaremos en qué consiste un delito de bagatela, cómo opera esta categoría en el ámbito de la suspensión de una condena, cuál es su espacio de estudio y cómo se diferencia de una falta en Chile. En segundo lugar, examinaremos la disposición del artículo 398 del CPP en una línea teleológica subjetiva, que nos permita definir cómo invocar su aplicación y vinculación con el principio de ofensa. En tercer lugar, estudiaremos los efectos de la suspensión de la pena y luego, en cuarto lugar, explicaremos cómo el principio de ofensa nace del principio del daño. En quinto lugar, analizaremos el principio de ofensa como criterio rector en la suspensión de la pena. Finalmente, presentaremos algunas consideraciones en relación con los fundamentos de la suspensión en decisiones jurisdiccionales.

1. DELITOS DE BAGATELA

Se denominan delitos de bagatela a las figuras penales que carecen de trascendencia en el ordenamiento jurídico. El término recoge algunos aspectos que son centrales para la teoría del delito y el principio de ofensa en la doctrina comparada. En particular, el delito de bagatela se funda en la tutela penal de “valores con escasa significación social ... como ocurre a lo largo de todo el Libro III del CP [en el caso de las faltas penales], y también en muchas otras disposiciones”¹⁵ en la legislación chilena. Los delitos de bagatela son normas de una aplicación más bien simbólica, pues carecen de importancia para resguardar una expectativa normativa en el sistema. Así, la tipificación de estas conductas difícilmente puede ser considerado fuente de un riesgo prohibido relevante en un sentido

¹³ CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal...”, op. cit., p. 353.

¹⁴ Véase WOLTER, J. y FREUND, G., *El sistema del derecho penal integral: delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1 – 280.

¹⁵ CURY, E., *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones UC, Santiago, 2005, p. 48.

penal¹⁶. La doctrina designa estas faltas como delitos de poca monta y que son más bien propios del Derecho administrativo sancionador.

Si bien en modelos comparados se reconoció las facultades sancionatorias de la Administración en el caso de las faltas, en el sistema chileno existe incremento de su sanción en el sistema penal. De este modo, el catálogo que contempla el artículo 494 está recargado de trasgresiones triviales que la dogmática alemana denomina delitos de bagatela. Esa lectura se relaciona con la clásica distinción entre crímenes, simples delitos y faltas, que vincula el concepto de bagatela con infracciones de poca monta¹⁷. Sin embargo, se ha considerado en la literatura y en la jurisprudencia que algunas faltas resguardan bienes jurídicos esenciales¹⁸. Por ello, siguiendo esta idea, usaremos el concepto de falta para referirnos a una infracción que revista de la importancia necesaria para poner en movimiento el sistema penal, y denominaremos delitos de bagatela aquellas que deberían ser sancionadas en el sistema sancionador administrativo.

¹⁶ Sin embargo, en la doctrina chilena Celedón no está “de acuerdo con la posición de que estos delitos [faltas] sean llamados de bagatela y sean minimizados en cuanto investigación, ya que si bien no afectan bienes jurídicos de relevancia, el número de faltas denunciadas nos demuestra que es lo que aqueja mayormente a la población, así, por ejemplo, el perro del vecino que muerde al hijo de otro vecino, *si bien no afecta un bien jurídico de importancia para la sociedad, sí afecta un bien jurídico importante para la familia víctima del ilícito* que requiere una investigación de parte del Ministerio Público a fin de dar efectiva solución penal al conflicto jurídico”, CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal...”, op. cit., p. 354. Con todo, es interesante indicar que este autor reconoce el impacto que puede tener una falta en el círculo de la familia. De ahí que su posición pueda tener conexión con el impacto de la falta en el entorno sociocultural o localidad en la cual esta fue ejecutada.

¹⁷ CURY, E., *Derecho Penal...*, op. cit., p. 102. También interesante sobre este punto en torno a las facultades correctivas de la administración TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Rowohlt, Hamburg, 1976, pp. 116 – 117.

¹⁸ En este contexto, si bien existen diferentes posiciones en relación con la noción de bien jurídico, nos parece inicialmente acertado identificar el concepto con aquellas “características de la personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho” según KINDHÄUSER, U., “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal”, *InDret*, n.º 4, Barcelona, 2009, p. 10.

Conforme a esta diferencia entre delito de bagatela y falta, el objetivo de la suspensión es que el agente no sea sancionado por delitos de poca monta en materia penal. Por esta razón, la distinción cobra sentido pues se podría pensar que siempre debería operar la suspensión en favor del imputado. Sin embargo, la naturaleza de la falta, sus presupuestos fácticos y su valoración jurídico penal deben entrar en consideración en la suspensión. Así, la distinción entre un delito de bagatela y una falta supone una decisión político-criminal¹⁹. Una falta penal no debe concebirse, entonces, como un mero cumplimiento objetivo de las exigencias que dispone una regla de conducta en el ordenamiento penal.

A modo de ejemplo, un agente porta y consume un gramo de cocaína en la vía pública, y el fiscal califica los hechos como microtráfico en la audiencia de formalización, ¿podríamos dar lugar a la suspensión de la pena? También corresponde preguntarnos, ¿qué pasa si un agente comete una falta contra la moral por fotografiar el escote de una madre que estaba en un zoológico con su hijo?²⁰ Se observa en el primer caso un problema de concurso aparente de leyes entre la figura del artículo 50 bis y el artículo 3 de la Ley 20.000. En el segundo caso, es posible identificar

¹⁹ En ese sentido, podemos observar que la política criminal no se restringe a la decisión del legislador a la hora de crear una disposición legal. Es posible sostener que existe política criminal en la decisión de un órgano jurisdiccional y, asimismo, en los argumentos que presentan los operados del sistema en una audiencia penal. En suma, la política criminal es un modelo de argumentación racional que considera el principio de legalidad, seguridad y dignidad humana, como mandatos de optimización, para dar operatividad a las reglas del sistema, véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Principios y reglas...*, op. cit., 2012, p. 61.

²⁰ En ese sentido, es importante indicar que el hecho podría ser subsumido bajo los parámetros del artículo 161 c) del Código Penal. En ese sentido, esta última disposición establece en la faz objetiva del tipo penal que “se castigará con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales, al que en lugares públicos o de libre acceso público y que por cualquier medio capte, grabe, filme o fotografíe imágenes, videos o cualquier registro audiovisual, de los genitales u otra parte íntima del cuerpo de otra persona con fines de significación sexual y sin su consentimiento”. Esto con independencia a la discusión dogmática que se podría generar en torno a las exigencias subjetivas del tipo en relación con la significación sexual del acto de fotografiar el escote de una mujer. Sin embargo, nos centramos en una subsunción plausible dentro de los límites de una falta para efectos de lo dispuesto en el artículo 398 del CPP.

un concurso aparente entre la falta del artículo 494 y su homólogo en el artículo 373 del Código Penal. Sin embargo, tanto en el primer como en el segundo caso la dificultad está centrada en el nivel de la ofensa que provoca en sociedad la conducta inmoral.

De ahí que surja la interrogante de qué sucede si el agente tiene condenas previas en su extracto de filiación que están prescritas. En este sentido, ¿sería posible aplicar el artículo 398 del Código Procesal Penal, debería ser sancionado por medio de un procedimiento monitorio o aceptar responsabilidad en un proceso simplificado a través del requerimiento que presenta la fiscalía?²¹ Esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿el comportamiento del fotógrafo es subsumible en la figura del artículo del 373, el artículo 161 c) del CP o debemos aplicar su homólogo del artículo 495 N ° 5 (al “que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos”)?

También en otros casos existe constancia de la consumación de una lesión leve levisísima y se imputan hechos por el delito de lesiones menos graves. De esta observación previa, ¿el Juez de Garantía podría aplicar el artículo 398 del CPP con anterioridad a la preparación de un juicio simplificado?²² De todas formas, debe agregarse, que nuestro

²¹ Con todo, debemos advertir que la facultad para suspender la pena está solo limitada a las faltas y, asimismo, es inaplicable tratándose de simple delitos. Esto se desprende específicamente de las modificaciones que incorporó la Ley 20.074 a la redacción inicial del artículo 398 del Código Procesal Penal. Esta cambió la expresión “hecho imputado” por “falta imputada” y el encabezado de la misma disposición que indicaba “suspensión de la imposición de la condena” por “suspensión de la imposición de condena por falta”. De ahí que si bien el artículo 398 en cuestión era posible de aplicar a todos los agentes que estaban en un procedimiento simplificado debido a estas modificaciones ya no es posible. Esta lectura se puede observar en los siguientes fallos: Sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, Rol N°6-2009, de fecha 13 de febrero de 2009, N ° LegalPublishing 41627. Diversos fallos en el mismo sentido se pueden observar en BLANCO SUÁREZ, R., *Código Procesal Penal: Sistematizado con jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, p. 622. Por último, es importante indicar que se ha sostenido que se debe atender a la naturaleza jurídica de la falta, con independencia que la pena en concreto, en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N ° 358-2007, del 22 de marzo 2007, N ° LegalPublishing: 36261.

²² Así las cosas, “la idea que la condena condicional representa un privilegio para el delincuente es, generalmente, admitida por quienes sostienen una

legislador optó por sancionar los delitos de bagatela. Es por eso por lo que algunos autores en estos casos consideran es posible aplicar el principio de oportunidad²³.

En este orden de ideas, conductas de grave escándalo que sean lo suficientemente rupturistas podrían dar lugar a una persecución y eventual sanción penal, aunque no afecten la integridad corporal de terceros²⁴. De modo tal que el fenómeno penal de la expansión de una “tutela penal más rápida, motivada por un contexto de crecimiento en las conductas criminales menos graves”²⁵, no sea una excusa para la suspensión de la pena de falta en contra de un procedimiento monitorio. Con todo, siempre será difícil definir los límites entre una criminalidad de bagatela y una falta. Ciertamente, subsistirá la pregunta por la relevancia de la ofensa para establecer los parámetros de razonamientos que diferencian el derecho penal de otras áreas de ordenamiento jurídico.

2. INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICO-SUBJETIVA

La suspensión se observa inicialmente en el artículo 546 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CdPP)²⁶. La disposición

concepción, sobre todo, favorable a la retribución”, HURTADO POZO, J., “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo” ..., op. cit., p. 3.

²³ OLIVER CALDERÓN, G., “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, n.º 1, 2005, p. 299. También en este sentido, respecto a los delitos de bagatela y el principio de oportunidad, véase RIEGO, C., y DUCE, M., “La etapa de investigación en el nuevo proceso penal”, en CARROCCA, A., et al., *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 2000, p. 116.

²⁴ En ese sentido, es discutible supuestos de lenguaje vulgar en el campo de la libertad de expresión. Respecto a la problemática de expresiones injuriosas y calumnias y el principio de ofensa, véase BORAGNO GIL, I., “Libertad de expresión, ofensa y religión”, *BAJO PALABRA Revista de Filosofía*, II Época, N.º 9, 2014, 113-122.

²⁵ DELGADO, J., “Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal”, *Revista Política Criminal*, vol.10 no.19, 2015, p. 6.

²⁶ De ahí que sea correcto utilizar la expresión de suspensión de la ejecución de la pena según lo dispuesto en la Ley 18.216. En este orden de ideas, nos

en comento señala lo siguiente: “Si resultare mérito para condenar por faltas a un inculpado contra quien nunca se hubiere pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero, si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por un año, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al inculpado para que se enmiende”. Tal efecto se observa en el artículo 398 del CPP, pues “el juez no suspende la dictación de la sentencia, debe dictarla, porque aquí no hay suspensión del procedimiento... lo que se suspende son los efectos penales que ella produce, es decir, la pena y sus efectos”²⁷. Así, la única diferencia entre estas disposiciones es que, en el sistema acusatorio, a diferencia del inquisitivo, existe la posibilidad de diferenciar procesalmente la decisión de condenar o absolver y la de dictación de una sentencia²⁸.

También el artículo 564 del CdPP establece que “el juez no podrá hacer uso de la facultad que se le confiere en el inciso primero cuando la falta sea alguna de las que contempla el N ° 19 del artículo 494, o el N ° 21 del artículo 495”. De ahí que “en el caso de la falta contemplada en el artículo 494 bis del Código Penal, no podrá suspenderse, al mismo tiempo, la pena de prisión y la de multa”. Si bien esta última consideración

parece que es posible una vinculación teleológica entre la suspensión de la pena del artículo 398 del Código Procesal Penal y la remisión condicional de la pena. Así pues, “en el año 1944, al alero de un proyecto elaborado en el seno del Instituto de Ciencias Penales (en adelante ICP) se introduce por vez primera la remisión condicional de la pena en el ordenamiento jurídico chileno, mediante Ley N ° 7.821, de 29 de agosto. El concepto de ‘remisión’ parece haber sido tomado de la regulación española de la ‘sentencia condicional’ que en 1908 estableció la ‘remisión’ de la sentencia después de un período de suspensión. Dicho concepto -utilizado hasta el día de hoy-, constituye un sinónimo de la palabra ‘perdón’, aun cuando a través de sus consecuencias no se concede perdón alguno al condenado, sino que supone en cuanto a su naturaleza jurídica, la suspensión de la pena de prisión condicionada al cumplimiento de un periodo de observación y como se verá al cumplimiento de determinadas condiciones”, SALINERO ECHEVERRÍA, S. y MORALES PEILLARD, A. M., “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n ° 52, 2019, p. 4.

²⁷ PFEFFER, E., *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 385.

²⁸ HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 492 nota 75.

del artículo 494 bis del Código Penal no se expresa en el artículo 398 del Código Procesal Penal, es posible observar esta limitación en casos de conducción bajo estado de ebriedad “a propósito ... del ... artículo 197 [de la Ley de Tránsito] al normar que: ‘Las penas de suspensión, cancelación o inhabilitación perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal, no podrán ser suspendidas, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 398 del Código Procesal Penal’”²⁹.

El carácter supletorio del artículo 564 del CdPP nos permite preguntarnos lo siguiente: ¿por qué este cuerpo legal excluye ciertas faltas en la suspensión? En este sentido, ¿cuál es el criterio utilizado para no otorgarla en estos supuestos? Como estas faltas dicen relación con hacer desaparecer estampillas de correos, el empleado público que sustrae o consiente en la sustracción de caudales públicos que estén a su cargo o de particulares en depósito, el incendiario de objetos, la apropiación indebida de valores que no excedan de una unidad tributaria mensual, nos parece que la disposición adquiere notoriedad a propósito del artículo 398 del CPP.

Esta recepción supletoria del artículo 564 del CdPP se observa —en atención al artículo 398 del CPP— en la causa Rol 1170-2003 de la Corte Suprema. Así, la Corte dispuso en este caso que el delito de giro fraudulento de cheques “con la modificación que introdujo la ley 19.806, es de acción privada y su procedimiento se halla contemplado en el título II del libro IV del Código Procesal Penal, estableciendo el artículo 405 que en lo que no proveyere este título se regirá su tramitación por las normas del juicio simplificado, con excepción del artículo 398, disposición esta última, que permite en este aludido procedimiento suspender la imposición de la condena, por el término de seis meses, bajo ciertas condiciones”³⁰.

Pero a pesar de esta comprensión teleológica de la suspensión de la pena, y de la relevancia que adquiere en la doctrina procesal penal, su análisis tiene escasas referencias en la literatura. De ahí que el artículo 398 del CPP es el punto de inicio para comprender los fundamentos del

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 162-2013, del 10 de mayo de 2013, considerando cuarto.

³⁰ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1170-2003, del 15 de mayo de 2003, considerando sexto.

Derecho penal desde el principio de ofensa para entrega racionalidad a la suspensión³¹.

3. EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN

Hemos observado que, al momento de discutir sobre la función del artículo 398 en el sistema procesal penal chileno, autores como Horvitz o Pfeiffer ponen énfasis en los fines de la pena. Para estos la suspensión tiene por objetivo la reinserción del condenado en los términos de las penas sustitutivas y evitar sus efectos desocializadores. Por eso, aunque la disposición del artículo 398 conlleve un riesgo de reincidencia, es una herramienta válida para evitar afectar el entorno social del condenado³².

Las condiciones de la suspensión se podrían sintetizar en el compromiso de no cometer nuevamente faltas u otros crímenes o simples delitos. Así, el CdPP en el artículo 564 establece que “cualquiera sea la falta, si de los antecedentes personales del infractor, su conducta anterior y posterior a ella y la naturaleza, móviles y modalidades determinantes del hecho punible, puede presumirse que no volverá a delinquir, el juez, una vez ejecutoriada la sentencia, podrá conmutar la pena de multa, de acuerdo con el infractor, por la realización de trabajos determinados en beneficio de la comunidad”. Luego de pronunciarse sobre la conmutación de la pena, dicho artículo agrega que, supuesto el hecho de que el condenado no volverá a delinquir, si concurren antecedentes favorables en favor del inculcado, la suspensión de la pena será adecuada. Una muestra de que el riesgo de reincidencia está compensado por la dignidad humana.

En este sentido, el Juez de Garantía tiene derecho a decidir la suspensión de manera fundada. Sin embargo, la suspensión no afecta la

³¹ Si bien existen diversas tradiciones, un sector de la doctrina penal apunta a considerar un principio de moral interpersonal, social o intersubjetiva que respete los parámetros de un Derecho penal liberal, NINO, C. S., *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos. Los escritos de Carlos S. Nino*, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 26 y 32-33.

³² HORVITZ LENNON, M.I., *Sistema penal y seguridad ciudadana. Cuadernos de análisis jurídico 21*, Escuela de Derecho-Universidad Diego Portales, Santiago, 1992, pp. 131 – 153.

responsabilidad civil derivada del delito para perseguir el resarcimiento de todos los daños ocasionados por la falta³³. Así, el artículo 398 consagra una “medida alternativa a las *penas* privativas de libertad, análoga a la remisión condicional de la *pena* contenida en la Ley N ° 18.216, cuyo fundamento es evitar los efectos criminógenos y desocializadores de las penas de encierro”³⁴ porque una pena siempre tiene efectos graves en la vida del condenado.

Lo anterior no implica eximir al condenado de la responsabilidad civil que deriva de la falta porque es un asunto que es posible de conciliar con la suspensión según lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal. Esta última disposición establece que “no se reputan penas, [...] ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”³⁵. Es por eso por lo que se vuelve relevante estudiar a continuación las aportaciones del principio de ofensa en la sanción de faltas. Sobre este presupuesto, en la siguiente sección, enfrentaremos la diferencia entre el principio del daño y ofensa.

4. PRINCIPIO DEL DAÑO

Gracias a los aportes del principio de ofensa y su diferenciación del principio del daño en la doctrina comparada, algunos consideran que es posible preguntarse por los límites morales del Derecho penal en la sanción de faltas. Así, el principio de la ofensa “sienta las bases de la criminalización de conductas que ‘no siendo por sí mismas dañosas

³³ En este sentido, se indica que suspensión de la pena “prevista en el artículo 398 del código del ramo ... mantiene salva la responsabilidad civil del delito cuando se suspende la imposición de una pena por falta” según lo dispuesto en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 8747-2012, de 20 de diciembre de 2013, considerando décimo y onceavo. De ahí que la falta pueda comprender aspectos de la responsabilidad que no se encuentran exclusivamente supeditados a la responsabilidad extracontractual en materia civil.

³⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N ° 569-2005, del 3 de octubre de 2005, considerando cuarto.

³⁵ Respecto a la tensión entre una mirada cuantitativa y cualitativa en relación con el artículo 20 del Código Penal, véase CURY, E., *Derecho Penal. Parte general...*, op. cit., pp. 107 y ss.

son tan «unpleasant» para los demás que permiten su castigo por vía penal”³⁶. Si bien en la doctrina chilena existen estudios del principio de ofensividad que “importa la imposibilidad de penalizar infracciones puramente formales carentes de contenido material injusto... [y en] consecuencia la exclusión de delitos en que no se aprecia bien jurídico tutelado o es vago”³⁷, el principio de ofensa es muy poco tratado³⁸.

El principio del daño es el punto de inicio para discutir sobre la ofensa que provoca una falta, lo que supone definir qué tipo de daños deberían ser sancionados por el sistema penal. Resulta lógico que la única función del poder punitivo sería prevenir el daño a otros. Posición que estaría por excluir todos aquellos daños que voluntariamente acepta sobre su persona un agente en sociedad. En otras palabras, el principio del daño está conectado a la idea de que los individuos tienen derecho a su propio cuerpo y legitimar su propiedad sobre objetos externos. Esto implica que otros agentes en sociedad no tiene derecho a matar, lesionar o esclavizar a otros en comunidad.

De ahí que atentados o amenazas contra la propiedad, la vida, la integridad corporal sean ilegítimos según el principio del daño. Idea que supone que ante un conflicto de intereses debemos identificar tres caminos en su ponderación. Según esta, debemos identificar la vitalidad del interés, pues existen algunos que son más importantes que otros en la comunidad. En segundo lugar, definir cómo estos se diferencian según el grado en que son reforzados por otros intereses privados o públicos³⁹.

³⁶ MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, op. cit., pp. 6-7

³⁷ NÁQUIRA, J., IZQUIERDO, C. y VIDAL, V., “Principios y penas en el derecho penal...”, op. cit., pp. 20-21 y un desarrollo histórico doctrinario tanto en Chile como en Italia, véase CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, n.º 2, 2013, pp. 85-120. *passim*.

³⁸ Respecto a un desarrollo histórico doctrinario tanto en Chile como en Italia, véase CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto...”, op. cit., *passim*.

³⁹ En este orden de ideas, existen ciertos intereses en los cuales hay consenso en torno a su protección. Sin embargo, podrían presentarse otros casos en los cuales se estos estén afectados por la indignidad inherente de ciertos

Finalmente, determinar cuáles son los factores que debemos ponderar entre intereses opuestos según su cualidad moral⁴⁰.

A modo de ejemplo, según el principio del daño, el consumo de droga no podría ser considerado un comportamiento criminal en el caso de adultos. De ahí que su sanción sería resultado de una perspectiva paternalista ajena al daño⁴¹ y una interferencia inaceptable en la libertad de los agentes en favor de su bienestar⁴². No obstante, podríamos criticar —desde una perspectiva paternalista— el dejar a los agentes involucrarse en conductas riesgosas que restrinjan su autonomía⁴³.

Según el principio del daño, la idea de daño público comprende un grupo específico de intereses para un gran número de personas. Por eso, actividades peligrosas que amenazan a cualquiera en la posición del afectado deben ser sancionadas en el ordenamiento penal. A modo de ejemplo, si un agente arroja veneno en una fuente de agua potable no daña directamente a las personas, pero causa un peligro potencial para todas estas⁴⁴. Sobre esa base, estos intereses son comunes a todos los ciudadanos. Tales intereses están en evitar la contaminación del medio ambiente, olas de crimen, entre otros. Según esta idea, la protección está enfocada en la importancia que se les asignan en un sentido social⁴⁵. De este modo, existe un espectro de actividades que potencialmente pueden provocar daño a terceros en supuestos de responsabilidad penal por el producto, entre otros.

actos, FEINBERG, J., *Harms to Others*, Oxford University Press, New York, 23, 1984, p. 206.

⁴⁰ FEINBERG, J., *Harms to Others...*, op. cit., p. 204.

⁴¹ ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*. 3rd Edn, Oxford University Press, USA, 1999, p. 54.

⁴² Se puede observar un análisis de la perspectiva paternalista en torno a la criminalización de la prostitución en ROBERTS, P., “The Philosophical Foundations of ‘Consent in the Criminal Law’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, No. 3, 1997, p. 393 y ss.

⁴³ En este orden de ideas, interesante sobre el punto el trabajo de VON HIRSCH, A., *Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harm and Fair Imputation*, Oxford University Press, USA, 25, 1996, pp. 260- 270.

⁴⁴ FEINBERG, J., *Harms to Others...*, op. cit., pp. 222-223.

⁴⁵ FEINBERG, J., *Harms to Others...*, op. cit., p. 223 y p. 225.

A continuación, analizaremos con detalle el origen de la noción de ofensa, el principio de ofensa y su rendimiento en la suspensión de la pena.

5. INICIOS DEL CONCEPTO DE OFENSA

En la dogmática jurídico penal, se vincula la ofensa a comportamientos que afectan la sensibilidad de terceros y que deben ser sancionados penalmente, pese a no afectar la integridad corporal o propiedad de otros. Ya en el ámbito de la filosofía del Derecho penal, el principio de ofensa conlleva consideraciones que harían admisible sancionar faltas en la comunidad. Suficiente es recordar que la noción de ofensa posibilita sancionar comportamientos inmorales según una intuición individual, es decir, aquellos que ponen en riesgo la cohesión social según una moral común, que debe ser protegida y conservada más allá del daño a terceros.

En el campo jurídico penal, la discusión se presenta inicialmente en la pérdida de legitimidad en la sanción de algunos comportamientos inmorales en los años sesenta. Esta discusión nace del debate entre HLA Hart y Lord Devlin. Precisamente, estos autores permiten identificar un espacio de moralidad privada que no es asunto de la Ley penal⁴⁶. Si bien desde una perspectiva individualista —en la posición de Mill— se acepta la intervención del derecho penal contra la explotación y corrupción de niños, esta mirada rechaza su intervención en el caso de la prostitución de adultos y otras conductas inmorales en que intervengan adultos.

Devlin indicó en su obra *The Enforcement of Morals* que la sociedad puede utilizar el Derecho penal para preservar su propia existencia. Esta es una comunidad de ideas políticas y morales conformada por creencias comunes que mantienen los lazos entre sus integrantes y evita la

⁴⁶ La discusión sobre qué conductas inmorales pueden ser criminalizadas por el derecho penal tiene lugar alrededor de la década de los sesenta en la obra de Lord Devlin *The Enforcement of Morals* y en la obra de HLA Hart *Law, Liberty and Morality*. Este debate se centró en los resultados del informe del *Comité Wolfenden* que sostenía que ciertas conductas de nominadas inmorales solo son parte de una moral privada y ajenas a los mandatos del ordenamiento jurídico-penal, véase AL QUDAH, M., “The Moral Foundations of Criminal Liability”, *Intellectual Property Rights: Open Access*, Volume 2, Issue 3, 116, 2014, *passim*.

desintegración de la sociedad. Ahí radica la necesidad de sancionar algunos comportamientos en favor de una moral general a través de la prueba del hombre en la tribuna del jurado (*the man in the jury box*). En esta debe reunirse un grupo de ciudadanos y pronunciarse sobre un determinado hecho. Tal juicio, debe determinar si el hecho provoca sentimientos de perturbación de tal envergadura que afecten transversalmente a la sociedad. Este pronunciamiento permite establecer si la conducta inmoral debe ser sancionada por el Derecho penal en caso de provocar una reacción adversa.

Sin embargo, Hart en su obra *Liberty and Morality* rechazó la propuesta de Devlin y sostuvo que una moral común no es posible de probar en sociedad. Y —aunque fuese posible— sus presupuestos cambiarían con el paso del tiempo, sin estar claro que comportamientos inmorales pueden llevar a la destrucción de la sociedad. Así, sentimientos de personas ordinarias definirían qué comportamientos caen en la categoría de ofensa. Si bien Devlin sostuvo que la atribución de responsabilidad puede derivar de creencias religiosas, establece simultáneamente que no es posible defender doctrinas a las cuales las personas en comunidad no adhieran. Por tanto, podrían darse tensiones con aquella parte de la sociedad que se distancia de la apreciación inicial del jurado. Ciertamente, para decidir las cuestiones de moralidad, la escala debe definirse según teorías morales éticas y conceptos deontológicos⁴⁷. Por ello, Devlin confunde el juicio moral con el prejuicio moral y trae por efecto una falta de acuerdo en la sanción de comportamientos inmorales.

Ya estas primeras aproximaciones nos permiten sostener que no todos los comportamientos inmorales son faltas, aunque sean males desde una moral perfeccionista. Sin embargo, en la legislación chilena subsisten figuras penales y faltas que contemplan graves atentados contra la moral y las buenas costumbres en el ordenamiento positivo. El punto es que, pese a la dificultad para determinar una moralidad común, esta es parte en diferentes tipos penales en la legislación chilena⁴⁸.

⁴⁷ Así las cosas, es posible entregar forma a la norma jurídica en el ordenamiento positivo y asumir su caracterización deontológica en términos dogmáticos, véase GHIRARDI, Olsen A., *Lecciones de lógica del Derecho*, Universidad Nacional Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1982, p. 144.

⁴⁸ Véase AL QUDAH, M., “The Moral Foundations of Criminal...”, op. cit., *passim*.

6. PRINCIPIO DE OFENSA COMO CRITERIO RECTOR

A partir de estas aproximaciones a la noción de ofensa, podemos señalar que existen ciertos comportamientos inmorales que son cuestionables en el ámbito del binomio público-privado. Según la ofensa que provocan estos, algunos son admisibles en privado y otros sancionables en público. De esta forma, a modo de ejemplo, actividades sexuales explícitas en espacios públicos, consumir altas dosis de estupefacientes en centros municipales, fotografiar a terceros en espacios públicos con propósitos de significación sexual, actos sexuales con emblemas patrios en la vía pública, entre otras conductas inmorales, pueden ser sancionados según el grado de perturbación que provocan en la comunidad. Se trata de una mirada global que permite sancionar casos de exposición indecente, literatura pornográfica, lenguaje obsceno, entre otras.

Así, como se ha indicado, existen diferentes experiencias humanas que son inofensivas en sí mismas. Sin embargo, otras provocan reacciones tan desagradables en la sociedad que pueden demandar la protección a expensas de la libertad de otros. En su momento, Feinberg defendía esta idea por medio de un viaje en bus (*'a ride on the bus'*) donde nos invitaba a visualizar ciertos comportamientos para determinar cuáles deberían ser sancionados penalmente⁴⁹. En estos supuestos, Feinberg invitaba a los lectores a considerar desnudos, relaciones sexuales en público, entre otros, que si bien son inofensivos en privado son graves en público. En ese sentido, si bien la inmoralidad en sí no ofrece una explicación satisfactoria para sancionar todo comportamiento, podría tener un espacio para castigar aquellos que justifiquen su sanción según el grado de perturbación de la ciudadanía.

⁴⁹ Feinberg pretende explorar el poder del razonamiento abstracto para resolver cuestiones de legitimidad moral. La cuestión que plantea es si hay experiencias humanas inofensivas, pero tan desagradables que permitan exigir protección legal contra ellas, incluso a costa de las libertades de terceros. Así, el autor nos invita a presenciar una serie de relatos imaginarios para determinar nuestra reacción. Este pretende que pensemos en la calidad de un pasajero de un autobús público que, en camino a su trabajo o una reunión importante, experimenta una serie de actos inapropiados e incluso grotescos de diferente intensidad, véase FEINBERG, J., *Offense to Others*, Oxford University Press, New York, 1985, pp. 10 y ss.

Según el principio de ofensa, existen casos donde se presenta una vulneración a la sensibilidad de los agentes en sociedad, que no están vinculados a una concreta lesividad⁵⁰. Según Miró, a propósito de este principio, discursos de odio u otras “formas de insultos raciales, la realización de actos sexuales en público y otras formas de utilización ‘indecente’ de espacios públicos, así como comportamientos que afectan a tabús o sentimientos religiosos, a las que les une dos condiciones: el no resultar conductas lesivas, conforme a la conceptualización generalmente aceptada de ‘daño’ [que son] merecedoras de criminalización, con lo que ello supone de abrir una puerta a la criminalización de conductas no lesivas de intereses sino contrarias a sensibilidades sociales más o menos compartidas”⁵¹.

Por otra parte, la configuración del principio de ofensa es ajena a los parámetros de un Derecho penal paternalista o extremadamente liberal⁵². Claro está que este restringiría una autonomía desenfrenada de los ciudadanos. Por eso, quienes interpretan el principio como una vía intermedia —entre paternalismo y liberalismo extremo— no se equivocan. El principio permitiría sancionar comportamientos inmorales que gran parte de la doctrina consideraría ajenos a la legislación penal chilena. En ese sentido, también impediría sancionar todo tipo de faltas en el plano de una moral perfeccionista que provoquen una perturbación leve en la población.

En este marco de discusión dogmática, nos parece que el principio de ofensa presenta criterios adecuados para la suspensión de la pena. Este

⁵⁰ Véase MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, op. cit., p. 11, nota 39.

⁵¹ MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas ‘ofensivas’...”, op. cit., pp. 6 -7

⁵² En este contexto, se ha sostenido que la literatura relativa a la legislación penal que esta debe prevenir el daño o la ofensa a otros desde un legal paternalismo. Pero también aquellas conductas intrínsecamente inmorales, sea o no perjudicial u ofensiva para alguien desde un moralismo legal. Así las cosas, desde una perspectiva liberal uno puede rescatar algunos elementos del principio de daño y ofensa para poder definir cuáles son las razones moralmente relevantes para sancionar ciertas conductas ofensivas. Con todo, el liberalismo extremo rechazaría el principio de ofensa, pues únicamente el principio de daño sería aceptable en el Derecho penal, véase FEINBERG, J., *Offense to others...*, op. cit., p. ix y x.

constituye el antecedente directo a partir del cual es posible trascender los enunciados positivos del art. 398 del CPP y remite su aplicación a una filosofía práctica como punto de inicio. Desde el principio, es posible establecer diferencias entre una falta y la criminalidad de bagatela. Así, dos elementos debemos destacar: (i) la falta para ser sancionada requiere que la ofensa se cometa sin justificación o excusa, y (ii) que esta no pueda ser sancionada a través de un mecanismo jurídico más eficiente que el sistema penal⁵³. Por ende, buena parte de los supuestos de las ofensas superan los límites de la ofensividad. Así, por ejemplo, actos indecorosos con la bandera nacional o hechos de connotación sexual en algún medio de transporte público, son supuestos propicios para discutir el nivel de la ofensa en términos penales.

Ahora bien, ¿cuáles son los parámetros que determinan la intensidad de la ofensa? En esa línea, ¿qué factores debemos considerar en la suspensión? En lo fundamental, hay que considerar el valor personal de la acción, el valor social de la acción, los límites de la libertad de expresión, los medios alternativos a la comisión de la falta para lograr los propósitos del agente, la comisión dolosa de la falta y el impacto en el entorno sociocultural en que es cometida⁵⁴. De lo contrario, todo pronunciamiento en favor de la suspensión sería reflejo de un liberalismo extremo en casos de absolución o de uno paternalista siempre al condenar

⁵³ En este sentido, nos parece que no es necesario considerar el malestar de la víctima por la comisión de la falta. Pues bien, debemos atender a la relevancia del hecho cometido en términos de antijuridicidad y, asimismo, en sede de culpabilidad. Así, es interesante tomar en cuenta que en la doctrina comparada: *“It is necessary that there be a wrong, but not that the victim feel wronged. And there will always be a wrong whenever an offended state (in the generic sense) is produced in another without justification or excuse”*, FEINBERG, J., *Offense to others...*, op. cit., p. 2.

⁵⁴ Estos parámetros se pueden observar en FEINBERG, J., *Offense to others...*, op. cit., p. 44. Sin embargo, debemos indicar que hemos adaptado estos dogmáticamente a las particularidades del sistema penal chileno, pues en el modelo norteamericano no se observa una tipificación como la que presenta el Código Penal chileno en torno a las faltas, simples delitos y crímenes propia del modelo español. De ahí que debemos advertir que solo es una fuente de estudio para los efectos de fijar un estándar en Chile que nos permita determinar cuándo debe ser suspendida la aplicación de una pena en el caso de una falta. En otras palabras, poder determinar el impacto de la falta y su relevancia en el sistema jurídico penal chileno.

en un procedimiento monitorio. En suma, el principio de ofensa es importante entre quienes comparten un Derecho penal liberal moderado en la legislación chilena.

7. SUSPENSIÓN DE LA PENA: ¿UNA DECISIÓN ARBITRARIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL?

Si estas distinciones sobre el principio de ofensa resultan admisibles en la doctrina comparada, en la chilena lo son a propósito de la suspensión de la pena y sus efectos. Es así como se circunscribe la cuestión a una interpretación que solo pretende aclarar que la suspensión opera sobre los efectos de la pena y no la dictación de la sentencia. A lo que la decisión de suspender responde al uso de una regla discrecional compatible con una decisión racional. Sin embargo, según la Corte de Apelaciones de Valparaíso la suspensión no será “obligatoria, toda vez que según ésta, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos”⁵⁵. Pero para que proceda es necesario un extracto de filiación exento de anotaciones penales, una debida relación entre la falta cometida y las consideraciones de prevención de la remisión condicional y, asimismo, cumplir con las exigencias del principio de ofensa⁵⁶.

El contenido positivo de la suspensión aquí estudiado muestra entonces que es admisible si se cumple los siguientes requisitos: (i) estamos en presencia de una falta; (ii) el condenado tiene un extracto

⁵⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N ° 719-2004, del 24 de noviembre 11 de 2004, considerando quinto.

⁵⁶ Si bien podría ser posible conectar teleológicamente estas premisas con lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal chileno en relación con la peligrosidad en una reincidencia futura, es importante indicar estos diagnósticos son criticados en la doctrina. Esto sobre todo en torno a la utilidad predictiva de la peligrosidad en el sistema procesal penal, véase ANNEO SÉNECA, L., “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, España, 2009. p. 499. Por último, respecto a las diferentes aproximaciones históricas para determinar la peligrosidad criminal en psicopatología, véase ESCBEC RODRÍGUEZ, E., *Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica. Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, N°. 2, 2003, pp. 45 – 64. Aspectos que no trataremos en este trabajo a propósito de la suspensión de la pena.

de filiación sin anotaciones penales previas o prescritas; (iii) existe una solicitud expresa por algunas de las partes en su aplicación; y (iv) existen antecedentes que el condenado no volverá a delinquir y que dicha medida favorecerá su reinserción⁵⁷. Atendiendo estas consideraciones, el artículo 398 del CPP entrega un espacio de discrecionalidad en la suspensión. Si bien ostenta las exigencias positivas ya enunciadas, estas servirán para ilustrar lo que nos interesa a propósito de la ofensa. Así, para definir su nivel, el primer paso es valorar la falta según los fundamentos del Derecho penal⁵⁸. De esta forma, es posible entender cómo, a partir de una argumentación racional, se puede dar preponderancia a la dignidad humana sobre la seguridad en la suspensión de la pena. En la configuración del principio de ofensa operan consideraciones que van más allá de las exigencias positivas de la legislación chilena como ya hemos observado en la sección anterior.

El principio de ofensa supone una reflexión que, más extensa a la presentada por el principio de ofensividad, exige aceptar bienes puramente morales en la legislación chilena. Esto exige adentrarnos en el grado de perturbación que provocan ciertas faltas en la comunidad. Casos así están relacionados con sus consecuencias en el entorno social, sus efectos psicológicos y repercusiones socioculturales. Es en este punto

⁵⁷ En este orden de ideas, es importante indicar que los diagnósticos de peligrosidad han sido criticados en la doctrina penal para efectos de suspender una pena o la adopción de medidas cautelares. Esto implica un diagnóstico sustentado en la presunción que la suspensión será de ayuda en la reinserción del imputado o proporcional a la infracción de la regla de conducta sobre la cual es subsumible la conducta. Así, es interesante observar las críticas que existen en relación con los diagnósticos de peligrosidad a propósito de la medida de prisión preventiva, véase FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 553, ORELLANA, E., *La primacía de la persecución penal: reflexiones sobre la prisión preventiva tras las modificaciones introducidas al código procesal penal por la ley 20.253 ("agenda corta antidelinuencia")*, Derecho y Humanidades, Santiago, 2010, pp. 102.

⁵⁸ Posición muy bien desarrollada en torno a las reglas discrecionales de la determinación de la pena en COUSO, J., "Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno", en *Código Penal comentado*, LegalPublishing, Chile, 2011. Con todo, no trata el problema específico que presentamos sobre la discrecionalidad en la aplicación del artículo 398 del CPP.

donde se refleja la función de la suspensión, cuando admite un espacio de discrecionalidad por medio de la ofensa.

Sin embargo, subsiste en algunos casos la idea que no es posible sujetar a control alguno la suspensión. En este orden de ideas, es ilustrativo sobre el punto que, en algunas sentencias, “la sola circunstancia de que la suspensión a que se refiere el artículo 398 del Código Procesal Penal es facultativa para el juez de la causa y como tal, no es susceptible de error jurídico y descarta toda posibilidad de revisión por parte de esta Corte, ya que aun estimando que ella resulta procedente en el juicio simplificado, su procedencia constituye una cuestión de hecho no susceptible de ser revisada por la vía de un recurso de derecho estricto, como lo es el de nulidad”⁵⁹.

Si se atiende a todas consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales ya presentadas, se desprende que, en realidad, el principio de ofensa entrega seguridad jurídica en la suspensión. Algo ciertamente acertado en torno a la criminalidad de bagatela, el inicio teleológico subjetivo de la suspensión, el procedimiento monitorio y el procedimiento simplificado⁶⁰. Ya están aquí sintetizadas todas las exigencias de la suspensión, aunque en la práctica se presente ambivalencia en su aplicación. Una vez que hemos identificado que la decisión no pende del mero arbitrio del órgano jurisdiccional adquiere sentido incorporar los aportes del principio.

Como ya hemos observado, el principio de ofensa está presente en gran parte de la doctrina liberal y en diversos artículos monográficos que critican un punto de vista excesivamente paternalista a la hora de sancionar comportamientos inmorales. En otras palabras, el principio deja constancia de su necesidad en la suspensión. Desde sus consideraciones, uno podría preguntarse si algo así es admisible en el sistema penal chileno según el artículo 398 del CPP. También uno podría suponer que la aplicación del principio de ofensa es una exigencia demasiado elevada para los órganos jurisdicciones. Sin embargo, este nos parece que orienta a la suspensión a definir los límites del Derecho penal según una moral intersubjetiva.

⁵⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N ° 309-2013, del 9 de abril de 2013, considerando octavo. También se observa la misma tendencia en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, Rol 70-2006, del 30 de junio de 2006, considerando tercero.

⁶⁰ Véase *supra* nota 20.

Así, desde que toma fuerza el principio en el contexto del daño a otros, la suspensión adquiere preponderancia y la pregunta por el nivel de la ofensa exige en la sanción de las faltas la presencia de valores trascendentales que pongan en riesgo la cohesión social.

8. CONCLUSIONES

De lo expuesto hemos llegado a las siguientes conclusiones. Primero. El artículo 398 del CPP es una norma que admite un espacio de discrecionalidad que debe regirse por el principio de ofensa. Si bien existen diferentes fallos que indican que la disposición es puramente discrecional, nos parece que la decisión del órgano jurisdiccional debe estar ajustada a los parámetros de racionalidad de un Derecho penal liberal moderado.

Segundo. La suspensión de la pena admite una exegesis que es funcional a la búsqueda de un criterio político-criminal orientado a principios. Esta permite un uso restrictivo del catálogo de faltas según los presupuestos fácticos del caso y la finalidad de la sanción.

Tercero. Las aportaciones del principio de ofensa permiten desarrollar el contenido normativo de la suspensión y preguntarse por el impacto de un comportamiento inmoral en la comunidad desde una moral intersubjetiva. En consecuencia, el principio es capaz de entregar criterios de diferenciación en la suspensión de la pena.

Cuarto. La suspensión de la pena implica una ponderación entre el principio de seguridad y dignidad humana. De este modo, la dignidad tendrá preponderancia frente a la seguridad en la medida que se ajuste la decisión de suspensión al principio de ofensa. De lo contrario, la suspensión sería arbitraria en su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

AL QUDAH, M., The Moral Foundations of Criminal Liability, *Intellectual Property Rights: Open Access*, vol. 2, Issue 3, 116, 2014.

ANNEO SÉNECA, L., Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico, Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España, España,

2009. Disponible en: (0) Obra Neurociencias.pdf (ub.edu). Último acceso 22 de agosto de 2020.

ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*. 3rd Edn, Oxford University Press, USA, 1999.

BLANCO SUÁREZ, R., *Código Procesal Penal: Sistematizado con jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.

BUSTAMANTE, E., CARRASCO, F., CHARLES, C., et. al., *El procedimiento monitorio penal en Chile: las consecuencias negativas de una innovación legislativa*, 2015. Disponible en: El Procedimiento Monitorio Penal en Chile: las consecuencias negativas de una innovación legislativa. (udp.cl)

BORAGNO GIL, I., “Libertad de expresión, ofensa y religión”, *BAJO PALABRA*. Revista de Filosofía, II Época, N° 9, 2014, 113-122.

CABEZAS CABEZAS, C., “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 20, n° 2, 2013, pp. 85-120. Disponible en: 01 Estudios.indd (scielo.cl). Último acceso 23 de octubre de 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000200004>

CELEDÓN BAEZA, A. E., “Las faltas y su tratamiento procesal. consideraciones en torno a una reforma”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, n° 1, 2005, pp. 351 - 362. Disponible en: LAS FALTAS Y SU TRATAMIENTO PROCESAL. CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA REFORMA (rdpucv.cl). Último acceso: 01 de febr. 2022.

COUSO, J., “Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, *Código Penal comentado*, LegalPublishing, Chile, 2011.

CURY, E., *Derecho Penal. Parte general*, Ediciones UC, Santiago, 2005.

DELGADO, J., “Problemas y tensiones entre el diseño y funcionamiento del procedimiento monitorio penal”, *Política Criminal*, vol. 10, n° 19, 2015, pp. 1-24.

DEVLIN P., *The enforcement of morals*, Oxford University Press, London, 26, 1965.

ESCBEC RODRÍGUEZ, E., “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica”, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 3, n° 2, 2003, pp. 45 - 64.

FEINBERG, J., *Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986.

FEINBERG, J., *Harms to Others*, Oxford University Press, New York, 23, 1984.

FEINBERG, J., *Offense to Others*, Oxford University Press, New York, 1985.

FEINBERG, J., *Offense to others. The moral limits of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1985.

FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

GHIRARDI, O. A., *Lecciones de lógica del Derecho*, Universidad Nacional Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1982.

HART, HLA., *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, London, 1963.

HORVITZ LENNON, M. I. y LÓPEZ MASLE, J., *Derecho Procesal Penal chileno. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

HORVITZ LENNON, M. I., “Sistema penal y seguridad ciudadana”, *Cuadernos de análisis jurídico* 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1992. Disponible en: [Las-medidas-alternativas-a-la-.pdf \(uchile.cl\)](#). Último acceso 30 de enero de 2022.

HORVITZ, M. I., “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, *Política criminal*, Santiago, vol. 13, n ° 26, 2018, pp. 904-951. Disponible en: [La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? \(conicyt.cl\)](#). Último acceso 15 de diciembre de 2020. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200904>.

HURTADO POZO, J., “Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo”, *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1997. Disponible en [Condenaprovi_OK.doc \(unifr.ch\)](#)

KINDHÄUSER, U., *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal*, *InDret*, n ° 4, 2009, pp. 1 – 19.

MIRÓ LLINARES, F., “La criminalización de conductas “ofensivas” a propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015, pp. 17-23. Disponible en [Microsoft Word - recpc17-23.docx \(ugr.es\)](#). Último acceso 10 de enero de 2021.

NÁQUIRA, J., IZQUIERDO, C. y VIDAL, V., “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-r2, 2008, pp. 1- 71. Disponible en [recpc10-r2.PDF \(ugr.es\)](#). Último acceso 10 de noviembre de 2020.

NINO, C. S., *La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos. Los escritos de Carlos S. Nino*, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2008.

NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. C. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomo II*, Editorial Jurídica, Chile, 2003.

OLIVER CALDERÓN, G., “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXVI, vol. 26, n ° 1, 2005, pp. 295 - 307.

ORELLANA, E., *La primacía de la persecución penal: reflexiones sobre la prisión preventiva tras las modificaciones introducidas al código procesal penal por la ley 20.253 (“agenda corta antidelincuencia”)*, Derecho y Humanidades, Santiago, 2010, pp. 99-112. Disponible en 16007-1-45207-1-10-20110905.pdf. Último acceso 3 de enero 2022.

PFEFFER, E., *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

RIEGO, C. y DUCCE, M., “La etapa de investigación en el nuevo proceso penal”, en CAROCCA, A., *et. al.*, *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000.

ROBERTS, P., “The Philosophical Foundations of ‘Consent in the Criminal Law’”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 17, n ° 3, 1997, pp. 389-414.

SALINERO ECHEVERRÍA, S. y MORALES PEILLARD, A.M., “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, *Revista de Derecho*, n ° 52, 2019, pp. 1- 38. Disponible en: 0718-6851-rdpucv-00304.pdf (scielo.cl). Último acceso 23 de diciembre de 2020.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P., *Principios y reglas como base para un modelo argumentativo intercultural de Derecho penal. Multiculturalismo y Derecho penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012.

TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Rowohlt, Hamburg, 1976.

VERA LAMA, R., “Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público”, *Revista Actualidad Jurídica* N° 34, Santiago, 2016, pp. 261 – 274. Disponible en Aplicación de la pena sustitutiva de remisión condicional a la accesoria de suspensión de cargo u oficio público (veralama.cl).

VON HIRSCH, A., *Extending the Harm Principle: ‘Remote’ Harm and Fair Imputation*, Oxford University Press, New York, 25, 1996.

WOLTER, J. y FREUND, G., *El sistema del derecho penal integral: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 1 – 280.

Authorship information

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa. Profesor asociado Universidad de los Andes, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Público, Universidad de los Andes, Chile. Magister en Derecho Penal de los Negocios y de la Empresa, Universidad de Chile. Magister en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg. Minor en Sociología, Universidad Alberto Hurtado. Abogado, Universidad Alberto Hurtado. rguerra@uandes.cl

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

Acknowledgement: Esta publicación se inserta en el proyecto de iniciación de investigación Fondecyt 11190024 titulado “Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad”.

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 16/04/2022
- Desk review and plagiarism check: 21/04/2022
- Review 1: 05/05/2022
- Review 2: 13/05/2022
- Editorial decision: 21/08/2022
- Resubmission: 11/11/2022
- Review 3: 05/12/2022
- Preliminary editorial decision: 15/02/2023
- Correction round return: 22/02/2023
- Final editorial decision: 08/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GUERRA ESPINOSA, Rodrigo Andrés. Principio de ofensa en la suspensión de la pena de falta en la legislación chilena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 311-340, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.765>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

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

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


A extensão da participação da vítima no Acordo de Não Persecução Penal


The Extension of the Victim's Participation in Non-Prosecution Agreements

Beatriz Massetto Trevisan¹

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil

beatrizmtrevisan@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7496981624972879>

 <https://orcid.org/0000-0002-7121-6672>

RESUMO: Entre as diversas alterações processuais penais efetivadas pela Lei 13.964/2019 está a introdução do Acordo de Não Persecução Penal, inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal. Este foi previsto como um instrumento para garantir a maior eficiência da justiça penal brasileira, visando ao desafoamento das varas criminais e ministérios públicos para permitir uma maior atenção à investigação e resolução de casos envolvendo criminalidade organizada e crimes graves. Embora a lei o descreva como um acordo entre o investigado e o órgão de acusação, a previsão de reparação do dano à vítima abre espaço para a discussão sobre a participação do ofendido nas negociações. O presente trabalho objetiva investigar *de lege lata*, por meio de metodologia de revisão bibliográfica, se tal participação é possível e, em caso positivo, qual seria sua extensão. Para isso, serão analisados tanto os aspectos que podem ser extraídos da leitura do artigo, quanto aqueles relacionados à própria razão de ser do direito processual penal, perpassando também a tendência moderna de revalorização do papel do ofendido nesse âmbito.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; justiça consensual; acordo de não persecução penal; vítima.

¹ Advogada criminalista formada pela Universidade de São Paulo (2017).

ABSTRACT: *Brazilian Federal Law #13,964/2019 made several criminal procedural changes. Among them, we find the introduction of the Non-Prosecution Agreement (article 28-A of the Brazilian Criminal Procedure Code). The agreement was conceived as an instrument to ensure the greater efficiency of the Brazilian criminal justice system, aiming to relieve the burden on criminal courts and prosecutors' offices to allow greater attention to the investigation and resolution of cases involving serious and organized crime. Even though the law describes it as a plea deal settled by the defendant and the prosecutor, it also requires compensation for damages caused by the crime, thus giving space to a discussion on the victim's participation in the negotiations. This paper aims to investigate de lege lata, through a literature review methodology, if such participation is possible and, if so, how extensive it should be. For this purpose, we will analyze the aspects extracted from article 28-A and those related to the very raison d'être of the criminal justice system and the modern tendency to revalue the role of the victim.*

KEYWORDS: *criminal procedure; alternative dispute resolution; non-prosecution agreement; victim.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A exegese do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro; 2. Finalidades do Acordo de Não Persecução Penal, do Processo Penal e da ampliação da participação da vítima: 2.1. Finalidades do Processo Penal; 2.2. Participação da vítima no Processo Penal; 2.3. Natureza do Acordo de Não Persecução Penal; 2.4. Política criminal e a participação da vítima; Conclusões e proposições; Referências.

INTRODUÇÃO

Os espaços negociais, ou de consenso, da justiça penal brasileira podem ser compreendidos como institutos que fazem parte da evolução do pensamento jurídico-penal moderno, no sentido de buscar alternativas para proteger bens jurídicos vulnerando o mínimo possível os interesses das partes envolvidas no delito². Em paralelo, busca fornecer uma respos-

² OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de

ta à população voltada à promoção da restauração da paz social, o que, modernamente, se relaciona à minimização dos efeitos da morosidade judicial. Em âmbito processual penal, assim, o mecanismo da barganha surge como meio para a concretização do poder punitivo estatal³, sendo definido por Vasconcellos, em síntese, como um instrumento processual em que ocorre a renúncia ao direito de defesa pela parte acusada em troca de benefícios que podem ou não ser fruto de negociação⁴.

O Acordo de Não Persecução Penal, assim, veio no sentido de crescer a um movimento já existente há pelo menos 25 anos no direito processual penal brasileiro. Desde a Lei 9.099/95, que introduziu os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, assim como previu a possibilidade de extinguir a punibilidade do agente a partir da composição civil dos danos, muito se vem discutindo sobre a necessidade de tornar o processo penal mais eficiente e célere por meio da abreviação de seus procedimentos. Esse cenário abriu espaço para a inserção do instituto da colaboração premiada que, embora tenha características que o diferenciam dos demais mecanismos da mesma espécie⁵, igualmente objetiva a aceleração inclusive das investigações criminais, permitindo um maior protagonismo do indivíduo frente à persecução estatal.

Nesse contexto, o Acordo de Não Persecução Penal, introduzido pela Lei 13.964/2019 por meio do acréscimo do artigo 28-A ao Código de Processo Penal, nasce como um instituto subsidiário⁶, aplicável nos

Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://estudo-geral.uc.pt/bitstream/10316/34975/1/Consenso%20no%20Processo%20Penal%20uma%20alternativa%20para%20a%20crise%20do%20sistema%20criminal.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2023.

³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 23-30.

⁴ *Ibidem*. p. 23.

⁵ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 213-232, 2020. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231>

⁶ BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 219-264.

casos em que impossível a transação penal e cujas características não permitam o arquivamento do inquérito policial (ou de outra espécie de elemento informativo da mesma natureza)⁷.

No entanto, embora seja uma tendência crescente em ordenamentos jurídicos diversos, a justiça penal negocial não vem isenta de críticas e problematizações que perpassam, por exemplo, o conflito com princípios processuais penais como o princípio da obrigatoriedade⁸ e do direito à ampla defesa⁹, o possível e preocupante retorno da exacerbação do papel da confissão como “a rainha das provas”¹⁰ e o desvirtuamento da finalidade do processo penal de proteção e garantias frente ao desequilíbrio entre o poder do Estado e do acusado.

Por outro lado, os institutos dessa natureza criam um problema referente ao papel da vítima em âmbito processual penal e de que forma o/a ofendido/a deve ter seus interesses atendidos nesse espaço. Se em outros tempos relegava-se a ela uma posição de neutralidade¹¹, colocando-a como mera espectadora do desenrolar do processo penal, protagonizado pela pessoa investigada (ou acusada) e pelo Estado, modernamente se está diante de um ponto de virada no qual a vítima assume gradualmente um

⁷ BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: *Ibidem*. p. 75-118.

⁸ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 213-232, 2020. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231>

⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 64-69.

¹⁰ MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 303-320

¹¹ JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. Revalorização da vítima no processo penal, efetividade da tutela jurisdicional e hermenêutica constitucional: em busca da (ampla) legitimidade do Ministério Público para requerer medidas assecuratórias. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 17, p. 46-59, 2020. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/405>. Acesso em: 16 abr. 2022.

lugar mais ativo e importante, cujas necessidades são levadas em consideração. Essa tendência, no entanto, tem a possibilidade de se conflitar com as garantias fundamentais do acusado, cuja proteção é a razão principal que justifica a existência do direito processual penal¹².

Todo esse cenário, quando confrontado com as características normativas introduzidas pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, dificulta a conclusão quanto à intenção legislativa no que diz respeito à participação da vítima no âmbito do acordo de não persecução penal. Por um lado, dentro da lógica de revalorização da vítima, existe a determinação de que ela seja indenizada pelos danos, que é prescindível apenas nos casos em que estiver comprovada a impossibilidade de fazê-lo; nesse ponto, há um claro esforço para levar em consideração o impacto do crime sobre a pessoa ofendida, ao menos sob um prisma patrimonial. De outro, há que se considerar as finalidades do processo penal – se tem como norte a busca pela verdade, a proteção exclusiva do acusado frente ao poder opressivo do Estado, a pacificação social ou a reparação da vítima ou da sociedade de forma geral – e as informações extraídas da própria letra da lei, que não prevê expressamente o direito de proposição do querelante nos crimes de ação penal de iniciativa privada, a participação da vítima nas audiências de proposição e homologação ou, ainda, seu direito ao recurso.

Ademais, ainda não há consenso (na doutrina¹³) sobre a natureza do acordo – se direito subjetivo do investigado ou poder-dever do Ministério Público –, o que também dificulta sobremaneira a compreensão integral de seus objetivos.

Neste estudo, consistente em pesquisa doutrinária utilizando revisão bibliográfica para tentar compreender *de lege lata* o instituto do acordo de não persecução penal, especificamente em relação a qual o papel que cabe à vítima, buscaremos responder às duas centrais dúvidas que se revelam a partir dessa discussão: 1) a vítima tem lugar na dinâmica

¹² LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31-41.

¹³ Cabe ressaltar desde já, no entanto, que, embora a controvérsia se mantenha na doutrina, a segunda corrente vem sendo consolidada pela jurisprudência (cf. STJ – HC 584843, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 26/06/2020 e STJ – RHC 161.251/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 10/05/2022). O assunto será retomado ao longo do presente trabalho.

da propositura do acordo de não persecução penal? 2) Em caso positivo, quão ampla seria essa participação?

Para resolução dos mencionados questionamentos, o presente artigo se iniciará com o estudo quanto à exegese do Acordo de Não Persecução Penal no direito processual penal brasileiro, com o objetivo de introduzir o raciocínio quanto às possíveis intenções do Poder Legislativo quando da concepção do instituto. A análise perpassará também as principais características do acordo, que servirão como referência para as reflexões propostas subsequentemente.

Na sequência, passar-se-á ao desenvolvimento deste trabalho, buscando-se responder às indagações acima colocadas. Para isso, partiremos do geral para o específico: analisaremos as finalidades do processo penal e as tendências acerca da extensão da participação da vítima nos procedimentos criminais de modo geral. A partir desse raciocínio, analisaremos especificamente a inserção do Acordo de Não Persecução Penal dentro desse cenário, para entender suas finalidades. Essas reflexões permitirão adentrar a esfera da participação da pessoa ofendida nesse espectro, de modo a tornar possível concluir qual a real extensão de sua participação nesse mecanismo de justiça consensual.

Por fim, no último tópico do trabalho concluiremos a análise e sintetizaremos seu conteúdo, propondo um possível entendimento sobre o tema, objetivando o aprimoramento da prática forense.

1. A EXEGESE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar de sua recente introdução legal, o Acordo de Não Persecução Penal já vinha sendo implementado e operado na prática, de forma inconstitucional¹⁴, desde a edição da Resolução

¹⁴ Por legislar sobre matéria reservada a lei federal. Sobre o tema, cf.: SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 213-232, 2020. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231>

n.º 181/2017¹⁵ do Conselho Nacional do Ministério Público, posteriormente alterada pela Resolução n.º 183/2018¹⁶ do órgão, que trazia critérios para a celebração do acordo, desde a propositura até a execução¹⁷. Além disso, algumas unidades estaduais do Ministério Público editaram Atos Normativos regionais que regiam procedimentos próprios para a efetivação do mecanismo¹⁸.

Em âmbito legislativo federal, foi em 2018 que o Deputado Federal José Rocha (PR/BA) apresentou o Projeto de Lei n.º 10.372/18¹⁹, no qual foram propostas alterações processuais penais, entre elas o

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). *Resolução nº 181/2017, de 07 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF, 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

¹⁶ *Idem*. *Resolução nº 183/2018, de 24 de janeiro de 2018*. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

¹⁷ DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 23, ano 16, p. 86-114, 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.58417>

¹⁸ WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 10.372, de 06 de junho de 2018*. Introdz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=node0cxb1vps6851oicsay2pecgsx53107073.node0?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 13 mar. 2022.

aproveitamento da estrutura das audiências de custódia²⁰ para viabilizar um acordo de não persecução penal que deveria ser submetido para apreciação e homologação judicial²¹.

Na justificação do mencionado projeto, aponta-se para a necessidade de utilizar a justiça consensual de forma a tornar o combate à criminalidade organizada e aos crimes graves mais eficiente por meio do desafogamento da justiça criminal, além de criar penas alternativas ao encarceramento²².

²⁰ A possibilidade de proposta de ANPP em âmbito de audiência de custódia é, aliás, tema controverso na doutrina, haja vista seu possível conflito com a Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, que, ao regulamentar essa espécie de audiência, determina que o juízo apenas avalie a higidez da prisão em flagrante, de modo que o mérito da causa não deve ser analisado. Semeghini, que é favorável à possibilidade, menciona que existe espaço para discussão de mérito dentro dos limites da custódia, como é o caso da própria decisão sobre a conversão do flagrante em prisão preventiva, que depende da verificação dos indícios da autoria e prova da materialidade delitiva. Ademais, ao analisar a Resolução TJ-OE n.º 30/2022 exarada pelo Órgão Especial do TJRJ, que permitiu o aproveitamento das estruturas das audiências de custódia para propositura do acordo, identificou que a negociação só teria início, em sala apartada, depois da decisão sobre relaxamento da prisão ou concessão da liberdade provisória (SEMEGHINI, Guilherme Macabu. Normas do MP-RJ e do TJ-RJ que permitem celebrar ANPP em audiência de custódia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-13/guilherme-semeghini-normas-permitem-anpp-audiencia-custodia>>. Acesso em 21 fev. 2023). Diversamente, Jardim entende que essa possibilidade é um sintoma da desvirtuação da audiência de custódia, que vem sendo utilizada como um instrumento para dar vazão ao “desejo de prender e punir sumariamente”. O autor entende que o acusado não tem condições psicológicas para decidir sobre o acordo naquelas condições, de modo que acaba quase coagido, além de aceitá-lo, confessar a prática do crime ainda que não concorde com as acusações (JARDIM, Afrânio Silva. Destruindo a audiência de custódia: preventiva de ofício e acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://emporioidireito.com.br/leitura/destruindo-a-audiencia-de-custodia-preventiva-de-oficio-e-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 21 fev. 2023).

²¹ BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 75-118.

²² No ponto, interessante a colocação de Oliveira ao citar Foucault, expondo que, da mesma forma que a prisão outrora representou um avanço como substituta das penas corporais, modernamente se busca uma evolução da pena de prisão ou, ao menos, de sua aplicação generalizada: “Não obstante a pena de

O projeto de lei, ao final, acabou aprovado com alterações e se consolidou no que se convencionou chamar “Pacote de Leis Anticrime”, que introduziu uma série de alterações à lei penal e processual penal brasileira e manteve a mesma finalidade de garantir a eficiência do processo penal e dar opções quanto à pena a ser aplicada. O acordo, assim, tornou-se revestido de constitucionalidade (formal²³), e ficou previsto pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal²⁴.

Objetivamente, o dispositivo representou um alargamento do modelo de justiça penal consensual no Brasil, em razão de sua ampla abrangência²⁵. Com efeito, a leitura de seu *caput* permite que tiremos algumas conclusões sobre seu uso prático e requisitos.

Primeiramente, ao dispor que o Ministério Público poderá propor o acordo “não sendo o caso de arquivamento”, o *caput* indica, em outras palavras, que o Acordo de Não Persecução Penal apenas poderá ser oferecido se os elementos até então conhecidos pelo órgão acusatório tornarem possível a deflagração de ação penal.

prisão tenha sido uma importante conquista iluminista para a substituição dos suplícios (penas corporais, forca, pelourinho, entre outras), não se pode perder de vista que, nas palavras de Michel Foucault, ‘um sistema penal deve ser como um instrumento para gerir diferentemente as ilegalidades, não para suprimi-las todas’ (OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34975/1/Consenso%20no%20Processo%20Penal%20uma%20alternativa%20para%20a%20crise%20do%20sistema%20criminal.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2023).

²³ FIGUEIREDO, Isabella Rocha Valença; RODRIGUES DE MELO, José Wilson. Consenso no Processo Penal: a necessária participação da vítima no acordo de não persecução. *Revista Esmat*, v. 13, n. 21, p. 53-68, 2020. <https://doi.org/10.34060/reemat.v13i21.428>

²⁴ BRASIL. *Lei Federal nº 13964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

²⁵ WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

O *caput*, ainda, determina que a pessoa investigada confesse formal e circunstancialmente a prática da infração objeto do dissenso²⁶, além de restringir a possibilidade do acordo aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima prevista seja inferior a quatro anos. Aqui, já antecipamos o § 1º do artigo para pontuar que, para a aferição da pena mínima, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso.

Em seus incisos, o artigo apresenta as condições que deverão ser impostas à pessoa investigada, que deverão ser aplicadas cumulativa e alternativamente²⁷, a saber: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima (inciso I); renúncia voluntária a determinados bens e direitos,

²⁶ A exigência da confissão vem sendo extensamente discutida pela doutrina. Essa reflexão, aliás, não é nova: já em 1978 Langbein comparou a necessidade de confissão para o *plea bargain* com a prática da tortura, já que também a escolha por confessar em lugar de passar mais tempo no cárcere é coercitiva (LANGBEIN, John H. *Torture and Plea Bargaining*. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, p. 3-22, 1978. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4154&context=uclev>>. Acesso em: 13 abr. 2021. *apud* CISCO, Bruno Nunes; MARROS, Thales Marques. A tragédia importada: a confissão no acordo de não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 351, p. 17-19, fev. 2022). Daguer e Soares identificam que a questão relacionada à confissão se desdobra na possibilidade de que o ato seja utilizado contra o acusado em momento posterior, por exemplo, na hipótese de oferecimento da denúncia em razão da rescisão do acordo por descumprimento ou no caso de compartilhamento de provas (DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior. Aspectos controvertidos da confissão exigida pelo acordo de não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 350, p. 16-18, jan. 2022). Ela também perde seu caráter de meio de prova, diferentemente do que ocorre na colaboração premiada em que a confissão é efetivamente utilizada para obtenção de outras provas, elevando-a ao grau de “rainha das provas” por fazer prescindir de quaisquer outros elementos para a caracterização da culpa (KURBAN, Pedro Guilherme Müller; PIRES, Brunno Ruschel de Lia. O momento da confissão para o acordo de não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 361, p. 13-15, dez. 2022). Sobre o tema, cf. também MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 303-320.

²⁷ Sobre o uso da expressão “e” em lugar de “ou” entre as palavras “cumulativa” e “alternativamente”, conferir BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: *Ibidem*. p. 75-118.

como instrumentos, produto e proveito do crime (inciso II); prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, com prazo regulado pela pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços (inciso III); pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social que se relacione à proteção de bens jurídicos iguais ou semelhantes aos indivíduos lesados pelo delito (inciso IV)²⁸, e cumprimento de outras condições indicadas pelo Ministério Público (inciso V).

Esse último inciso abriu margem para que órgãos ministeriais regionais criassem suas próprias condições pré-concebidas, como a obrigação de comunicar a mudança de endereço, demonstração em juízo do cumprimento das obrigações em até cinco dias após o prazo ajustado e comprovação mensal do cumprimento das condições acordadas²⁹. Embora seja possível admitir tais condições, é necessário pontuar que ao Ministério Público não é permitido criar óbices à aplicação do acordo, no que se refere ao seu cabimento³⁰.

Quanto aos requisitos negativos, o § 2º expõe as situações em que a proposta de acordo não será cabível, quais sejam, na hipótese de ser aplicável a transação penal (inciso I); se a pessoa investigada for reincidente ou houver elementos que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, a menos que as infrações penais pretéritas sejam insignificantes (inciso II)³¹; se tiver sido beneficiada com o Acordo

²⁸ Sobre a reparação do dano no caso de crime tributário, cf. SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: *Ibidem*. p. 405-418

²⁹ WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

³⁰ “Neste particular aspecto, entendemos que o Ministério Público e/ou Juiz não podem ir além do texto legal, sendo vedada a criação de novas hipóteses de “óbices” ao oferecimento do acordo, como já se tem visto na prática, por exemplo, a vedação do ANPP quando o caso tiver como objeto “Organização Criminosa” (MPRS, MPMGO, MPMS, MPPI) ou quando “apurar crime hediondo ou equiparado” (MPRS, MPMGO, MPMS, MPPA e MPPI)” (*Ibidem*).

³¹ Sem a intenção de esgotar ou estender demais o debate, que não é o tema deste trabalho, há que se pontuar a patente inconstitucionalidade do inciso II

de Não Persecução Penal, transação penal ou suspensão condicional do processo nos cinco anos anteriores ao cometimento do crime (inciso III), e, por fim, em casos que envolvam violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher em razão do gênero (inciso IV).

É importante notar, para o raciocínio proposto por este artigo, que o § 3º cita as partes que deverão estar presentes quando da homologação do acordo, limitando-se a mencionar o membro do Ministério Público, a pessoa investigada e sua defesa técnica. De fato, a vítima é indicada como interessada no acordo apenas no § 9º, que determina que ela seja intimada da homologação do Acordo de Não Persecução Penal e de seu descumprimento (possivelmente porque tal descumprimento pode ensejar uma pretensão cível que, de outro modo, se faria desnecessária).

Presentes os requisitos objetivos, o Ministério Público oferecerá o acordo; caso não o faça, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior (§ 14), da mesma forma que já ocorria pelo artigo 28 do Código de Processo Penal.

Nos termos da lei, ainda, o juízo deverá homologar o acordo se estiver certo de sua voluntariedade e legalidade (§ 4º), devendo determinar a devolução dos autos ao Ministério Público para reformulação no caso de entender que as condições são inadequadas, insuficientes ou abusivas (§ 5º)³².

do § 2º pela violação ao princípio da presunção de inocência, haja vista que permite a punição do acusado por crimes pelos quais não foi condenado e os quais podem nem mesmo estar suficientemente comprovados, além de, em muitos casos, serem alheios à infração objeto do acordo. Mesmo se considerados apenas elementos inerentes ao caso concreto, a amplitude da redação do inciso abre margem para perigosas interpretações que podem culminar na consolidação de um direito penal do inimigo. Para um debate mais aprofundado sobre o assunto, conferir: WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

³² Entendemos que a possibilidade aberta pelo § 5º não fere o sistema acusatório, visto que se propõe uma análise judicial apenas com relação à legalidade da proposta, perpassando também o aspecto da voluntariedade. Nesse sentido: MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de não persecução penal e *absprache*: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/>>

Caso a adequação não seja realizada, poderá haver nova recusa à homologação (§ 7º) e, nesse caso, o Ministério Público deverá complementar as investigações ou oferecer a denúncia (§ 8º). Por outro lado, se homologado, os autos deverão ser remetidos ao Ministério Público para que inicie sua execução em sede de juízo de execução penal (§ 6º).

De acordo com os parágrafos 10 e 11, o descumprimento do acordo pelo investigado deverá ser comunicado ao juízo, para que seja rescindido e haja o oferecimento de denúncia, além de poder ser utilizado pela promotoria como justificativa para não oferecer suspensão condicional do processo. No entanto, se cumprir satisfatoriamente com os termos do acordo, a pessoa investigada terá extinta sua punibilidade (§ 13), sendo que a celebração não constará de certidão de antecedentes criminais (§ 12).

2. FINALIDADES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, DO PROCESSO PENAL E DA AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA

Como visto, a criação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal teve como ponto de partida a busca por uma justiça criminal mais eficiente, a fim de abrir espaço para uma maior concentração de esforços no combate à criminalidade grave e ao crime organizado. Segundo Wunderlich *et. al.*, a inovação legislativa se insere na terceira dimensão negocial na justiça criminal, atingindo “o sistema punitivo como nunca antes visto, dado o critério quantitativo de pena mínima prevista para as infrações penais como limite para sua propositura e possibilidade de aplicação”³³.

documents/20184/1904662/Ludmilla_de_Carvalho_Mota.pdf>. Acesso em 22 fev. 2023. É esse também o entendimento fixado pelo STJ no HC 668.520/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.

³³ WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

Em uma leitura superficial, o novo artigo 28-A do Código de Processo Penal não parece ter sido pensado como um mero instrumento de reparação de dano à vítima. Com efeito, embora haja menção a essa espécie de indenização, seus dispositivos se dirigem primordialmente à parte investigada e ao órgão de acusação, propondo meios de aplicar punições mais proporcionais e, possivelmente, mais eficazes do ponto de vista de política criminal e de justificação da pena³⁴.

Apesar disso, não há que se pensar na introdução do Acordo de Não Persecução Penal fora de contexto. Vemos hodiernamente e em âmbito internacional uma crescente tendência de valorização da vítima no ambiente processual penal, consolidada pela Vitimologia, dando a ela espaço para assumir um papel mais proativo e deixar a posição de mera espectadora³⁵. Não é por outra razão que o legislador optou por inserir a previsão do inciso I do *caput* do artigo 28-A, que coloca como uma das condições do acordo a restituição da coisa ou do dano. Além disso, parece até paradoxal pensar em espaços de consenso sem a participação da

³⁴ Apesar disso, cabe reflexão sobre os tipos penais que estão abarcados pela redação do art. 28-A, ao excluir aqueles que preveem pena mínima superior a quatro anos e os praticados com uso de violência ou grave ameaça. Como se sabe, o sistema penal brasileiro tem como uma de suas falhas a sua seletividade, especificamente a seletividade racial e social, com reflexos visíveis desde a abordagem policial, muitas vezes violenta, até o encarceramento em massa, em oposição ao tratamento dado aos crimes praticados pelas classes historicamente privilegiadas. O art. 28-A, ao prever o ANPP para crimes com pena mínima inferior a quatro anos, abarcou parte dos crimes contra a administração pública (como peculato e corrupção), mas excluiu o tráfico de drogas, roubo e alguns tipos de furto, cuja incidência tem relação com a desigualdade social e marginalização. A escolha por englobar os crimes contra a administração pública, aliás, parece até ser controversa considerando que uma das razões que justifica a criação de institutos como o ANPP é o desafogamento da justiça criminal justamente para que esta se volte à criminalidade grave. Sobre a seletividade do direito penal, cf. MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Rastros de uma justiça criminal colonial e antinegra. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 360, p. 4-6, nov. 2022.

³⁵ JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. Revalorização da vítima no processo penal, efetividade da tutela jurisdicional e hermenêutica constitucional: em busca da (ampla) legitimidade do Ministério Público para requerer medidas assecuratórias. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 17, p. 46-59, 2020. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/405>. Acesso em: 16 abr. 2022.

parte ofendida, principalmente considerando que os crimes englobados pelo ANPP são aqueles para os quais são previstas penas mais baixas, e que “a pequena criminalidade ofende mais a vítima direta do que a sociedade” como um todo³⁶. Portanto, mesmo sob uma ótica garantista, a análise do Acordo de Não Persecução Penal deve perpassar a tendência de valorização do ofendido.

Assim, para ponderar a intenção legislativa quanto à extensão da participação da vítima na proposta do acordo, avaliaremos a atual tendência processual penal sobre o tema. No ponto, introduziremos também a abordagem da justiça restaurativa, que guarda relação com a necessidade de identificar os protagonistas do fenômeno criminal e suas demandas.

Uma vez localizado o Acordo de Não Persecução Penal dentro dessa lógica, passar-se-á à discussão quanto à natureza jurídica do instituto. Longe de se limitar a um debate exclusivamente teórico, a identificação do Acordo como um poder-dever do Ministério Público ou um direito subjetivo da parte investigada tem efeitos práticos diretos, mesmo fora da discussão proposta por este trabalho. Embora entendamos se tratar de direito subjetivo, corrente também adotada por parte da doutrina, a posição majoritária jurisprudencial vem se desenhando no sentido contrário, de tratar o Acordo de Não Persecução Penal como uma escolha ministerial, da qual a acusação poderá dispor, ainda que seja obrigada a fazê-lo de forma motivada³⁷.

Exporemos ambos os entendimentos e, diante das duas correntes, primeiramente estabeleceremos os obstáculos que não permitem que a opinião da vítima seja utilizada como razão única para impedimento do acordo. Por fim, faremos uma leitura de todo o cenário e consideraremos a possibilidade de participação do ofendido, ainda que de forma limitada.

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34975/1/Consenso%20no%20Processo%20Penal%20uma%20alternativa%20para%20a%20crise%20do%20sistema%20criminal.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2023.

³⁷ Como visto, aqui cabem citar recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça: STJ – HC 584843, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 26/06/2020 e STJ – RHC 161.251/PR, Rel. Min Ribeiro Dantas, j. em 10/05/2022

2.1. FINALIDADES DO PROCESSO PENAL

Antes de identificar as razões legislativas para a criação do mecanismo do Acordo de Não Persecução Penal, é importante dar um passo atrás, para entender a quais objetivos serve o Direito Processual Penal, a fim de identificar o verdadeiro sentido (ou sentidos) de sua existência.

Lopes Jr. dá uma resposta simples, de fundamentação complexa, à pergunta, diante da leitura constitucional do tema: “visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”³⁸.

Nesse contexto, identifica-se o caráter instrumental do processo penal, já que, diferentemente do que ocorre no direito privado, o direito penal depende do processo para fazer valer sua essência, uma vez que o poder de aplicar a sanção é reservado ao Estado³⁹. Assim, o processo penal serve ao direito penal para que esse cumpra seus objetivos, tratando-se da função do processo penal identificada como imediata⁴⁰. O autor, no entanto, entende que a pena não é a única função do direito penal, que também serve para proteger o indivíduo do próprio direito penal como ferramenta da abusividade estatal⁴¹, de modo que o processo se torna um “instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais”⁴², pautado especialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana acusada⁴³.

É justamente dentro do conceito de instrumentalidade do processo penal que se identifica sua função denominada pela doutrina de

³⁸ LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31-41.

³⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 2-8.

⁴⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 40.

⁴¹ *Ibidem*, p. 38.

⁴² *Ibidem*, p. 31-41.

⁴³ *Idem*. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 11.

mediata, consistente na proteção e pacificação social, visando ao interesse geral da comunidade^{44 45}.

Embora não rejeite a ideia da instrumentalidade, Vasconcellos alerta para a necessidade de visualizá-la de forma crítica, haja vista que pode dar espaço a interpretações equivocadas, como a de que o processo penal tem o condão de resolver conflitos a ponto de promover por si só a pacificação social, até mesmo porque não há comprovação da efetividade das funções preventivas da pena⁴⁶. Ademais, pode levar ao esvaziamento da autonomia dos institutos processuais penais, possibilitando seu uso como uma ferramenta a serviço do Estado para reforço de desigualdades e seletividade⁴⁷. O autor conclui que, ao fim e ao cabo, o processo penal tem como fundamento o reconhecimento de que o Estado é que tem o poder de punir, de modo que adquire o sentido de limitar esse poder punitivo e a função de realizar a reconstrução histórica dos fatos à luz das provas obtidas⁴⁸.

Não discordamos de tais considerações: o processo penal é a aplicação dos direitos constitucionais do/a acusado/a para protegê-lo/a de abusos dada a evidente disparidade de forças frente à ação estatal, e é incapaz de garantir a paz comunitária por si só. No entanto, concordamos com a visão de Tucci no sentido de que o processo penal serve também como “*garantia da sociedade* contra a prática de atos penalmente relevantes, praticados pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura”⁴⁹ já que, em algum grau, a confiança da sociedade nas instituições democráticas

⁴⁴ 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*, ano 12, n. 2, p. 229-260, 2018. <https://doi.org/10.12957/redp.2018.31959>

⁴⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 40.

⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Ibidem*.

⁴⁷ 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*, ano 12, n. 2, p. 229-260, 2018. <https://doi.org/10.12957/redp.2018.31959>

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34. Grifos no original.

auxilia na manutenção do equilíbrio social, sempre tendo no processo penal um neutralizador dos naturais instintos vingativos que a afetação de bens jurídicos desperta.

Bedê Jr. e Senna expõem um dilema, uma vez que o processo penal também deve ter como sentido a efetividade da coerção penal, o que implica necessariamente em alguma limitação dos direitos fundamentais da parte acusada⁵⁰. Santos, citando Figueiredo Dias, indica que a solução está em uma resposta que melhor contribua para uma concordância prática, otimizando a busca pela verdade e, ao mesmo tempo, minimizando a desproteção dos direitos fundamentais do acusado⁵¹. Nesse sentido, a autora dá espaço também à ideia de pacificação comunitária e individual por meio do processo penal⁵².

Parece-nos adequado o entendimento de Santos⁵³, que propõe que o equilíbrio entre as funções do processo penal não se resuma a uma simples “conta aritmética”⁵⁴, bem como para que a descoberta da verdade não seja perseguida a qualquer custo⁵⁵.

⁵⁰ BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23-29.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal. *Textos Jurídicos I*, Ministério da Justiça, 1987. p. 14, *apud* SANTOS, Claudia Cruz. *O Direito Processual Penal Português em Mudança: Rupturas e Continuidades*. Lisboa: Almedina, 2020. p. 39.

⁵² SANTOS, Claudia Cruz. *op. cit.* p. 39-43.

⁵³ No mesmo sentido, GRINOVER estabelece que “A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 1-10).

⁵⁴ “Esta concordância prática pressupõe, porém, uma análise profunda do sentido do conflito e uma procura de maximização de cada uma das finalidades, que não se basta com um raciocínio aritmético: menos proteção de direitos fundamentais não equivale necessariamente a mais descoberta da verdade; menos liberdade não equivale necessariamente a mais ordem” (SANTOS, Claudia Cruz. *op. cit.* p. 39-40).

⁵⁵ *Ibidem.* p. 39-43.

A verdade de que se fala em direito processual penal, a propósito, é a verdade processual – o que se busca é a análise integral do conjunto probatório colacionado para que, então, se chegue o mais próximo possível da certeza com os elementos de que se tem conhecimento⁵⁶.

Assim, embora não se questione que o processo penal deva se voltar primordialmente à limitação do poder estatal para garantia dos direitos fundamentais da pessoa acusada, não se pode ignorar que há, em maior ou menor grau, um objetivo social a ser cumprido, que se relaciona à paz comunitária, a qual, por sua vez, perpassa a efetividade da coerção penal. O que se busca, portanto, é um equilíbrio entre as finalidades, nem tanto esvaziando o papel coercitivo do processo e nem tanto dando vazão a um ideal punitivista, por meio da busca da verdade e da redução de uma pretensa impunidade a qualquer custo, sem respeito aos direitos individuais.

2.2. PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL E A PROPOSTA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Embora tradicionalmente a vítima tenha tido participação distante e subsidiária no ordenamento jurídico brasileiro, quase esquecida por nosso código⁵⁷, o Direito Processual Penal moderno propõe que sua participação não seja de mera espectadora nas investigações e ações penais de seu interesse. Essa lógica faz sentido dentro da finalidade de pacificação social do processo penal, já que alcançar tal objetivo perpassa a confiança da comunidade frente às estruturas judiciárias, o que inclui a busca por uma resposta efetiva à sociedade, nas pessoas das vítimas, quanto à criminalidade.

Doutrinariamente, identificam-se três fases para o tratamento dado à vítima no processo penal: (i) de protagonismo, em que se permitia a vingança privada; (ii) de neutralização, com o deslocamento do poder

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.* p. 1-10

⁵⁷ FIGUEIREDO, Isabella Rocha Valença; RODRIGUES DE MELO, José Wilson. Consenso no Processo Penal: a necessária participação da vítima no acordo de não persecução. *Revista Esmat*, v. 13, n. 21, p. 53-68, 2020. <https://doi.org/10.34060/reemat.v13i21.428>

punitivo para o Estado, minimizando a participação do indivíduo ofendido (embora este sempre tenha sido visto como uma força impulsionadora das investigações, guardando certa importância sob o prisma probatório⁵⁸), e (iii) de revalorização, a fase atual.

A primeira fase, de protagonismo, se baseava na ideia de vingança privada, em que a vítima podia tomar as próprias providências para garantir a sua ideia de justiça⁵⁹. Aos poucos, os sistemas jurídico-penais foram se desenvolvendo para incorporar algum tipo de proporcionalidade entre o crime praticado e a pena aplicada⁶⁰.

Em um segundo momento, localizado temporalmente a partir da Baixa Idade Média⁶¹, o Estado tomou para si integralmente o poder punitivo, objetivando “manter o controle social por meio do uso da força”⁶² de modo a retirar da vítima qualquer tipo de participação dentro do processo penal, relegando-a a um papel de mero informante e, ocasionalmente, de objeto de prova⁶³. Embora a neutralização absoluta da parte ofendida

⁵⁸ LETELIER LOYOLA, Enrique. Editorial do dossiê “Meios alternativos, consenso e a participação da vítima no processo penal”: Participação da vítima na solução do conflito penal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 13-32, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.224>

⁵⁹ KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda Dias; OLIVEIRA, Valéria Cristina Meira de. A relevância da participação da vítima no acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://amppe.com.br/a-relevancia-da-participacao-da-vitima-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 19 fev. 2023.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. O lugar da vítima nas ciências criminais: política criminal orientada para a vítima de crime. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberrArs, 2017. p. 315-326

⁶² OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34975/1/Consenso%20no%20Processo%20Penal%20uma%20alternativa%20para%20a%20crise%20do%20sistema%20criminal.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2023.

⁶³ KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda Dias; OLIVEIRA, Valéria Cristina Meira de. A relevância da participação da vítima no acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://amppe.com.br/a-relevancia-da-participacao-da-vitima-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 19 fev. 2023.

não tenha lugar na sociedade moderna, que já vem se distanciando dessa tendência, ela teve um papel histórico importante, na medida em que possibilitou o desenvolvimento técnico e uma melhor fixação da função preventiva da pena, para além da retributiva⁶⁴.

O início da transição dessa fase de neutralização para o presente momento de revalorização da parte ofendida remonta ao final da Segunda Guerra Mundial em razão da macrovitimização relacionada àquele período⁶⁵, em especial devido às violências praticadas contra o povo judeu no âmbito do holocausto⁶⁶. Identificou-se que o direito ao conflito foi tirado da pessoa ofendida que, além dos evidentes males provenientes da ocorrência do crime, sofre também com a impossibilidade de participar de seu próprio caso⁶⁷.

Apesar disso, apenas em 1985 se revela o principal marco dessa transição, consistente na Declaração dos Direitos Fundamentais da Vítima, editada pela Organização das Nações Unidas em 1985⁶⁸. O documento

⁶⁴ TORRES, Henrique Abi-Ackel; FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. A instrumentalização das vítimas e sua utilização como grupos de pressão legislativa: uma perspectiva político-criminal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 117-139.

⁶⁵ ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. *op. cit.*

⁶⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.407>

⁶⁷ “Victims of crime have in particular lost their rights to participate. (...) My suspicion is that criminology to some extent has amplified a process where conflicts have been taken away from the parties directly involved and thereby have either disappeared or become other people’s property. (...) The victim is a particularly heavy loser in this situation. Not only has he suffered, lost materially or become hurt, physically or otherwise. And not only does the state take the compensation. But above all he has lost participation in his own case. (...) The victim is so totally out of the case that he has no chance, ever, to come to know the offender. We leave him outside, angry, maybe humiliated through a cross-examination in court, without any human contact with the offender. He has no alternative” (CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property*. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977).

⁶⁸ JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. Revalorização da vítima no processo penal, efetividade da tutela jurisdicional e hermenêutica constitucional: em busca da (ampla) legitimidade do Ministério Público para requerer medidas assecuratórias. *Revista Jurídica da Escola Superior do*

expande a definição de vítima tanto de um ponto de vista subjetivo – permitindo que abarque, além do indivíduo, um grupo de indivíduos – quanto objetivo – não limitando o conceito de vítima à pessoa ou ao grupo de pessoas que sofre atentado patrimonial ou físico, mas também psicológico ou moral⁶⁹.

Na Europa, a tendência de revalorização vem ganhando força há ao menos vinte anos, desde a decisão-quadro 2001/220/GAI⁷⁰. A referida decisão auxiliou na definição de uma identidade para a vítima e embasou a Diretiva 2012/29/UE, que “prevê normas mínimas sobre os direitos, assistência e proteção das vítimas de crime”^{71 72}.

No Brasil, embora somente em 1988 a Constituição Federal tenha previsto o princípio da dignidade da pessoa humana, identificado como possível fundamento da valorização dos interesses da vítima em âmbito penal e processual penal⁷³, o Código de Processo Penal de 1941 previu alguns poucos institutos voltados aos interesses da vítima, como os arts. 14, 24, 29 e 30⁷⁴. A promulgação da Lei 9.099/95 impulsionou esse movimento iniciado timidamente pelo CPP, evidenciado pela possibilidade de

Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 17, p. 46-59, 2020. Disponível em: <https://es.mppsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/405>. Acesso em: 16 abr. 2022.

⁶⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.407>

⁷⁰ BELLUTA, Hervé. Qual é o papel da vítima no processo penal italiano?. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 73-92, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.225>

⁷¹ *Ibidem*. Tradução livre.

⁷² No entanto, da mesma forma que ocorre entre nós, o legislador europeu – e, por consequência, seus poderes judiciários – não tem tido êxito na transição do papel da vítima de mera espectadora, ou uma “desconhecida”, em tradução livre das palavras de BELLUTA, para um sujeito ativo e com protagonismo nas demandas criminais (*Ibidem*).

⁷³ BARROS, Flaviane de Magalhães. *op. cit.*

⁷⁴ KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda Dias; OLIVEIRA, Valéria Cristina Meira de. A relevância da participação da vítima no acordo de não persecução penal. Disponível em: <<https://amppe.com.br/a-relevancia-da-participacao-da-vitima-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 19 fev. 2023.

extinção de punibilidade mediante a composição civil dos danos, prevista pelo artigo 74, parágrafo único⁷⁵, abrindo espaço também para a justiça consensual aplicada ao processo penal.

Na mesma toada, a reforma processual penal promovida pela Lei 11.719/08 alterou a redação do artigo 387, que trata dos elementos que devem constar da sentença condenatória, prevendo, inclusive, a possibilidade de que o juízo fixe valor para reparação dos danos sofridos pelo ofendido (inciso IV)⁷⁶.

Por fim, as alterações processuais penais que advieram da Lei 12.403/11, relacionadas às medidas assecuratórias, também são representativas dessa tendência, visto que as cautelares se voltam, em última análise, à preservação do patrimônio ilícito acumulado para que seja restituído à vítima, inclusive quando se tratar do próprio Estado⁷⁷.

Os tribunais seguem a mesma linha: um sinal claro da concessão de certo protagonismo à vítima nos últimos anos é a consolidação da jurisprudência relacionada aos crimes sexuais e de violência doméstica, que vem dando cada vez mais peso à palavra da vítima como prova da prática delituosa, muitas vezes levando a condenações sem base em qualquer outra prova além da testemunhal^{78 79}.

⁷⁵ JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. *op. cit.*

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ Cf., como exemplo, o acórdão proferido no AgRg no AREsp 1495616/AM, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 23/08/2019.

⁷⁹ Apesar disso, o tratamento dado às vítimas no Brasil, do ponto de vista humanitário, ainda não é ideal. Não é por outra razão que foi editada a Lei 14.425/21, apelidada de “Lei Mariana Ferrer”, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal para impedir ou ao menos minimizar o processo de revitimização e exposição das vítimas de violência sexual. Embora seja sintomático que a edição da lei tenha sido necessária, sua criação também evidencia a tendência de valorização da parte ofendida (BRASIL. *Lei Federal nº 14425, de 22 de novembro de 2021*. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm>. Acesso em: 20 fev. 2023).

Nesse contexto de revalorização, embora já houvesse debates incipientes antes disso⁸⁰, ganha força o estudo da Vitimologia, ramo da criminologia que se volta ao estudo científico das vítimas⁸¹. Sua ideia é que o processo penal não consegue cumprir seus objetivos se excluir a vítima⁸², tanto de sua prática quanto de sua teoria, mas que há como reconhecer o protagonismo da vítima sem propor o recrudescimento ou expansão excessiva do direito penal sob um viés vindicativo⁸³. As pessoas estudiosas desse campo do conhecimento partem do pressuposto de que a parte ofendida é também uma de suas protagonistas dentro do fenômeno criminal⁸⁴, em lugar de alguém com quase nenhuma relevância (como ocorria na segunda fase) ou com relevância apenas no que se refere à obtenção de provas do ilícito.

Pelo estudo da vítima enquanto sujeito, foram identificados três⁸⁵ momentos de vitimização, denominados vitimização primária, se-

⁸⁰ “O olhar das ciências criminais se volta para a vítima em decorrência, principalmente, da enorme vitimização provocada pela Segunda Guerra Mundial, considerada termo inicial da moderna vitimologia. Antes, porém, a escola positiva italiana, na obra de Garofalo, já debatia formas de compensação às vítimas em certos delitos.” (ESPECIATO, Ian Matozo; NAVES, José Paulo; ROSA, Paul Nunes Mamede. A vitimologia e a Lei Maria da Penha: previsões legais e prática jurídica. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 177-191).

⁸¹ KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda Dias; OLIVEIRA, Valéria Cristina Meira de. *A relevância da participação da vítima no acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://amppe.com.br/a-relevancia-da-participacao-da-vitima-no-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 19 fev. 2023.

⁸² BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.407>

⁸³ ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. O lugar da vítima nas ciências criminais: política criminal orientada para a vítima de crime. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *op. cit.*, p. 315-326.

⁸⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.407>

⁸⁵ Parte da doutrina identifica também a fase quaternária, consistente no processamento do trauma, que gera um medo abstrato de voltar a ser vítima (FREITAS, Luciana de. Direito penal de emergência e vitimização quaternária: a

cundária e terciária. A vitimização primária diz respeito diretamente ao delito, consistente em suas consequências físicas, psíquicas, econômicas e sociais⁸⁶. A secundária tem relação com o processo de revitimização ocasionado pela incidência do Estado sobre o conflito, como as diversas oitivas às quais a parte ofendida é submetida, o despreparo das autoridades e funcionários públicos para lidar com a vítima e a morosidade judicial⁸⁷. Por fim, a terciária advém do “desamparo e da falta de assistência pública e social à vítima”⁸⁸.

A catalogação desses processos auxilia na abertura de espaço para que a justiça restaurativa seja aplicada em âmbito processual penal, ideal com raízes no abolicionismo e na própria vitimologia⁸⁹, e que vem ganhando se expandindo com a possibilidade de utilização nos espaços de consenso.

Walgrave definiu esse modelo de justiça como “toda ação que é primordialmente direcionada a fazer justiça por meio da restauração do dano causado por um crime”⁹⁰. O autor entende que, a partir dessa definição, a reparação da vítima se torna possível mesmo se desconhecido/a o/a ofensor/a⁹¹, não sendo indispensável a existência de uma contraparte conhecida para que a parte ofendida seja amparada. Ainda, a justiça restaurativa é vantajosa por mitigar a ideia de que o dano necessariamente

mídia como obstáculo à efetivação dos direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 279-287).

⁸⁶ MORAIS, Renato Watanabe de; DAVID, Décio Franco. Divulgação desautorizada de conteúdo íntimo e os processos de vitimização. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 45-59.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. O lugar da vítima nas ciências criminais: política criminal orientada para a vítima de crime. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 315-326.

⁸⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 37-53.

⁹⁰ WALGRAVE, Lode. La justice restaurative: à la recherche d’une théorie et d’un programme. *Criminologie*, v. 32, n. 1, 1999, p. 7-29. <https://doi.org/10.7202/004751ar>). Tradução livre.

⁹¹ *Ibidem*.

deve ser combatido com mais dano, além de tornar mais efetivo o ideal restaurativo do direito penal⁹².

Na visão de Zehr, a justiça restaurativa surge como uma tentativa de solucionar certas insatisfações sociais com relação ao direito penal, o que inclui suas evidentes limitações, na medida em que pode gerar mais conflito do que a paz social⁹³. A ideia não é que se busque perdão entre as partes, embora seja essa uma consequência natural em muitos casos, porque isso pode afastar vítimas que, evidentemente, não têm interesse ou vontade em reconciliar com suas contrapartes⁹⁴. Por outro lado, também do ponto de vista do/a acusado/a a ideia de reconciliação pode ser aversiva, haja vista que, mesmo que se considere culpado/a, pode se sentir acuado/a ou envergonhado/a⁹⁵. O que se busca, na verdade, é a compreensão das necessidades das partes ofendida, ofensora e da comunidade, em especial aquelas que o sistema judiciário geralmente não consegue suprir⁹⁶. Não há a criação de culpa, mas de obrigações com vistas a reparar a violação social causada pelo crime⁹⁷.

Embora o presente trabalho não tenha como escopo tratar a fundo dos conceitos da vitimologia ou dos ideais de justiça restaurativa, e ainda que se entenda que a análise de qualquer instituto processual penal deva necessariamente ter como foco a pessoa acusada e seus direitos e garantias, não há como isolar completamente o tema e descartar as tendências modernas. Se em outro momento a parte ofendida teve papel absolutamente

⁹² *Ibidem*.

⁹³ ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice*. Intercourse/PA: Good Books, 2002. p. 3

⁹⁴ *Ibidem*. p. 8

⁹⁵ The offender represents a more complicated case. Not much introspection is needed to see that direct victim-participation might be experienced as painful indeed. Most of us would shy away from a confrontation of this character. That is the first reaction. But the second one is slightly more positive. Human beings have reasons for their actions. If the situation is staged so that reasons can be given (reasons as the parties see them, not only the selection lawyers have decided to classify as relevant), in such a case maybe the situation would not be all that humiliating. (CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977)

⁹⁶ ZEHR, Howard. *op. cit.* p. 8-14

⁹⁷ *Ibidem*. p. 21.

diminuto e quase inexistente no processamento do autor ou da autora da infração, hoje o cenário é diferente, não havendo mais como discutir os institutos processuais penais à míngua da discussão sobre a própria vítima.

2.3. NATUREZA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como visto, não há consenso na doutrina, neste momento, quanto à natureza do acordo previsto pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, havendo uma corrente no sentido de que se trataria de um poder-dever do Ministério Público e outra que entende ser um direito subjetivo da pessoa investigada.

A primeira corrente⁹⁸ é no sentido de que a expressão “poderá”, no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, demonstra que se trata de uma faculdade da acusação, ainda que não seja uma faculdade ilimitada, devendo qualquer decisão nesse sentido ser motivada e fundamentada:

A lei emprega a expressão “poderá”, indicando que a propositura do ANPP é uma faculdade da acusação. Não entendemos que é um poder discricionário do Ministério Público, evidentemente. É um poder regulado, ao passo que, quando o investigado preenche todos os requisitos legais (subjetivos e objetivos), ele passa a ser portador de um efetivo direito público subjetivo ao acordo, que só lhe pode ser subtraído mediante justificativa idônea e fundamentada.⁹⁹

⁹⁸ Nesse sentido: BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 75-118; WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/>>. Acesso em: 13 mar. 2022. Confira-se também o Enunciado 17 da Defensoria Pública de Minas Gerais (*apud* SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 213-232, 2020. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231>).

⁹⁹ WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. *op. cit.*

A consequência da leitura do mecanismo como um poder-dever ministerial, assim, é a certa flexibilidade da acusação para que decida se determinado caso pode ser resolvido por meio de acordo ou não. Os requisitos legais objetivos, ainda que presentes, poderiam ser desconsiderados pelo Ministério Público na hipótese de este, de maneira motivada, se manifestar no sentido de deixar de oferecer o Acordo de Não Persecução Penal a depender de outras circunstâncias que o tornassem insuficiente.

Em sentido contrário, outra corrente, com a qual concordamos, entende se tratar de direito subjetivo da pessoa investigada¹⁰⁰, que não está sujeito à faculdade do órgão acusatório, primeiramente por um prisma constitucional. No entender de Resende, “a interpretação do [artigo 28-A] deve se basear no princípio de interpretação extensiva dos direitos fundamentais e o princípio de interpretação restritiva das limitações dos direitos fundamentais”¹⁰¹. Em outras palavras, considerando que o dispositivo legal é presumivelmente suficiente para prevenir e reprimir o crime, não se pode estabelecer uma limitação a ele de um ponto de vista abstrato, cabendo ao Estado o ônus de demonstrar, para cada caso, que a medida é insuficiente¹⁰², o que deve ser feito tendo como parâmetro única e exclusivamente os requisitos legais.

Além disso, considerando que o acordo é um ato de interesse bilateral, ele deve ser benéfico tanto à parte investigada quanto ao Estado, personificado no membro do *Parquet*. Nesse ponto, insere-se o direito à ampla defesa, que está consagrado justamente para minimizar a lacuna

¹⁰⁰ No mesmo sentido: MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *op. cit.*, p. 51-73; RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 102-110 (embora trate dos mecanismos de barganha de modo geral).

¹⁰¹ Nesse sentido: RESENDE, Augusto César Leite de. *op. cit.*

¹⁰² *Ibidem*.

existente entre o poder estatal e o/a réu/ré, que devem ser tratados de forma equânime tanto quanto possível^{103 104}.

Ademais, não parece fazer sentido que o Ministério Público possa assumir o papel de juiz e determinar que o investigado deva ser submetido ao processo penal e a eventual pena pela condenação, em lugar de ver extinta sua punibilidade, quando verificados todos os requisitos objetivos previstos pela lei. Não deve ser dado ao órgão de acusação o poder de determinar qual a dosagem da pena adequada a um indivíduo, sob pena de dar lugar a arbitrariedades que possivelmente nem mesmo estão amparadas por elementos presentes no inquérito policial, permitindo que o Ministério Público controle a aplicação de sanções penais¹⁰⁵.

Por fim, poderia ser transplantada a solução dada pela jurisprudência quanto ao semelhante instituto da transação penal, no sentido do entendimento consolidado no enunciado da Súmula 696 do STF:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la,

¹⁰³ SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 405-418. Sobre a hipervalorização da atuação do acusador no processo penal, cf.: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *op. cit.* p. 175-179.

¹⁰⁴ Não é por outra razão, aliás, que a maioria da doutrina entende que é obrigatório o oferecimento de proposta de transação penal quando presentes todos os requisitos objetivos (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Scarance; GOMES, Luiz F. *Juizados Especiais criminais*, 2000. p. 153; KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*, 2004. p. 91 e GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais*, 2009. p. 121, *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *op. cit.* p. 105-106). Semelhante o entendimento de BADARÓ no sentido de que o Promotor de Justiça deverá motivar seu desinteresse em oferecer transação penal, sob pena de rejeição da denúncia (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 651).

¹⁰⁵ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *op. cit.* p. 433-447. *apud* BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: *Ibidem*. p. 219-264.

o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.¹⁰⁶

Seguindo esse nosso entendimento, não há que se discutir a possibilidade de a vítima integralmente decidir se a proposta será ou não formulada, porque, cumpridos os requisitos objetivos pelo réu, o MP *deve* oferecer o acordo¹⁰⁷.

Por outro lado, é verdade que o *caput* do artigo 28-A estabelece que diante dos requisitos objetivos e subjetivos o Ministério Público *poderá* propor acordo de não persecução penal, o que faz com que parte da doutrina entenda que “a Lei tratou como faculdade aquilo que deveria ter tratado como direito subjetivo”¹⁰⁸. Embora o tema ainda seja controverso, a opinião parece estar se desenhando para ser majoritariamente no sentido de que se trata de um poder-dever do Ministério Público, principalmente na jurisprudência¹⁰⁹.

¹⁰⁶ SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 213-232, 2020. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231>

¹⁰⁷ No mesmo sentido, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 102-110

¹⁰⁸ FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *op. cit.* p. 433-447. *apud* BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: *Ibidem*. p. 75-118.

¹⁰⁹ “E isso colabora para a seguinte conclusão: o acordo não constitui direito subjetivo do investigado (STJ – HC 584843, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJ 26/06/2020). E não é diferente nas Cortes Estaduais: ‘O acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP, redação da Lei nº 13.964/2019) não é direito subjetivo do acusado, mas, sim, um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto [sic], desde que o faça de forma fundamentada’ (TJ-SP – HC: 2068913-05.2020.8.26.0000, Rel. Moreira Viegas, Órgão Especial, DJ 16/07/2020)”. (BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *op. cit.* p. 219-264).

2.4. POLÍTICA CRIMINAL E A PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA

Cabe, agora, identificar primeiramente se a vítima tem lugar dentro do espaço do ANPP e, se sim, quão extenso é esse lugar e quais os direitos a ela atribuídos dentro dele.

Entende-se que a introdução do Acordo de Não Persecução Penal tem como objetivo primário proporcionar “celeridade na resolução de casos menos graves”, o que, “além de reduzir os efeitos prejudiciais da pena, contribuiria para desafogar os estabelecimentos prisionais”¹¹⁰. No entanto, considerando a própria redação da norma e as já analisadas finalidades do direito processual penal, seria extremamente reducionista relegar ao mecanismo uma função meramente efficientista, já que essa não parece ser sua única razão de ser. Para além de um ideal de justiça criminal enxuta e célere, o mecanismo vem como um instrumento de concretização dos ideais processuais penais, incluindo tanto a garantia dos direitos fundamentais da pessoa investigada quanto a paz social e a efetividade da coerção penal. É dizer, o ANPP tem lugar dentro da efetivação da função social do processo penal para além de uma análise de mera eficiência, de modo que a discussão sobre a possibilidade e a extensão da participação da vítima dentro da proposta do acordo é pertinente e nada trivial.

A discussão envolve a própria natureza da ação penal de que se está tratando. No caso das ações penais privadas, a doutrina tem entendido, predominantemente, que o Acordo de Não Persecução Penal é cabível, por ausência de vedação¹¹¹.

No que se refere aos crimes processados por ação penal pública, por outro lado, não há previsão específica sobre a forma ou a extensão da participação da vítima. No entanto, é visível que um dos objetivos legislativos do Acordo de Não Persecução Penal tem relação com a parte ofendida, no sentido de satisfazer a pretensão de reparação do dano supostamente causado pelo investigado.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

A previsão da indenização disposta no primeiro inciso do artigo 28-A, assim, vai na linha da recente tendência de revalorização da vítima como um dos instrumentos para concretizar a pacificação social, de modo que se torna aceitável dizer que a vítima pode participar da formulação e efetivação do ANPP. A questão que se impõe como consequência, partindo dessa premissa, é qual deve ser a extensão dessa participação.

O primeiro ponto a enfrentar é a possibilidade de interferência da pessoa ofendida quanto à própria existência da proposta de acordo, isto é, se poderia a vítima impedir a propositura por meio de um ato de manifestação de vontade.

Nesse prisma, a leitura da natureza do Acordo de Não Persecução Penal como um direito subjetivo do indivíduo investigado encerra a discussão, já que, sob esse viés, deveria haver a proposta mediante o simples atendimento aos requisitos objetivos legais pelo indivíduo.

Por outro lado, se assumirmos que se trata de um poder-dever do Ministério Público a discussão se torna mais complicada, porque implica dizer que o órgão ministerial poderia deixar de oferecer o acordo mesmo se cumpridos todos os requisitos pelo investigado. Por consequência, seguindo esse raciocínio, aprioristicamente não haveria qualquer impedimento para que a opinião da vítima fosse adotada como razão única para que o acordo deixasse de ser proposto, ainda que a sua rejeição não esteja expressamente prevista pela lei. Uma análise mais profunda das finalidades político-criminais do instituto e do processo penal como um todo, no entanto, demonstra não ser adequado que essa dinâmica se aplique na prática.

Tal prerrogativa tem a perigosa aparência de um direito penal punitivo e vingativo, que não se coaduna com os princípios de um Estado Democrático de Direito. Se não se permite que o Ministério Público rejeite a possibilidade de acordo sem justificativa¹¹², com muito menos razão se poderia ventilar tal hipótese à vítima, até porque esta, diferentemente do órgão acusatório, não tem legitimidade ou capacidade para avaliar o cumprimento dos requisitos objetivos do acordo.

¹¹² WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11/>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

No ponto, aliás, não se pode desconsiderar que a vítima tem a faculdade de recorrer à esfera cível para a reparação do dano¹¹³, não nos parecendo razoável que, existindo outra forma de ver satisfeitas suas pretensões, ela possa por mera liberalidade impedir que o investigado ou a investigada obtenha benefício que seja de seu interesse e cujos requisitos tenha capacidade de cumprir¹¹⁴.

Além disso, na hipótese de a pessoa investigada concordar em fazer o pagamento ou de não fazer por impossibilidade financeira, qualquer recusa da vítima na continuidade do acordo se refere a uma decisão subjetiva quanto à suficiência ou não da punição proposta ao réu pelo Acordo de Não Persecução Penal, significando que teria o condão de dispor de direito alheio por motivo não previsto em lei. Também significaria que a vítima tem controle sobre a atividade ministerial, sendo capaz de determinar que o Ministério Público ofereça denúncia – já que é essa a consequência necessária do insucesso ou impossibilidade de acordo de não persecução penal –, poder esse que nem mesmo o/a magistrado/a possui.

Não bastasse, o Acordo de Não Persecução Penal é, em regra, proposto antes do oferecimento da denúncia e, portanto, anteriormente à efetiva deflagração da ação penal¹¹⁵. Nesse sentido, a vítima se encontra em uma posição pré-processual, quando ainda não tem legitimidade para se habilitar como assistente de acusação (conforme o artigo 268 do Código de Processo Penal¹¹⁶), sendo um contrassenso dar a ela poder maior do que aquele que teria em uma investigação sobre crimes aos quais não se aplica o Acordo de Não Persecução Penal.

¹¹³ SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 405-418.

¹¹⁴ Até porque hoje existe o entendimento de que o Ministério Público poderá exigir apenas a reparação parcial do dano, caso entenda que tal medida, aliada a outras condições eventualmente impostas, é suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conforme orientação das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (*Ibidem*).

¹¹⁵ Independentemente de qual marco se adote como o que dá início ao processo.

¹¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 664

Não parece haver, no entanto, restrição para que a parte ofendida participe da formulação do acordo, manifestando-se, por exemplo, sobre o valor da indenização que busca pelos danos causados pelo crime. De fato, não há como ignorar as finalidades do processo penal e, dentro dele, do instituto do Acordo de Não Persecução Penal. Se uma das intenções legislativas passa justamente pela reparação do dano, refletindo-se diretamente na finalidade processual penal de pacificação social e efetividade da coerção penal, e se a ideia de consenso implica necessariamente num acordo entre partes, é incoerente excluir a vítima desse espaço por completo.

No entendimento de Figueiredo e Rodrigues de Melo¹¹⁷, aqui deveriam ser aferidos também os abalos psíquico, moral e físico suportados em razão do crime. A discussão sobre essa possibilidade não é simples e deve ser analisada sob diversas perspectivas.

Em sentido contrário a ela, temos que a lei processual penal apenas prevê a reparação estrita do dano patrimonial. Por esse prisma, na esfera penal não caberia discussão quanto a eventuais tipos outros de indenização aos quais o ofendido entende ter direito.

Isso até mesmo porque seria arriscado, além de contraproducente e possivelmente mais dispendioso em termos de tempo e recursos à Justiça brasileira, exigir que o juiz especializado na área criminal se volte à análise detida de todos os impactos do crime para aferição da indenização. Embora não se duvide que grande parte da Magistratura brasileira possui conhecimentos abrangentes de todas as áreas do direito, realisticamente um juiz ou juíza que tem contato diário apenas com a área penal dificilmente terá condições de apurar com precisão os aspectos possíveis da indenização, e um juiz especializado e em contato profundo com a área cível pode fazê-lo com muito mais acerto e rapidez. Há uma clara razão para o desenvolvimento das divisões internas do Poder Judiciário e desconsiderá-las poderia fazer cair por terra o próprio objetivo da justiça comercial criminal de desafogar e agilizar os processos.

¹¹⁷ FIGUEIREDO, Isabella Rocha Valença; RODRIGUES DE MELO, José Wilson. Consenso no Processo Penal: a necessária participação da vítima no acordo de não persecução. *Revista Esmat*, v. 13, n. 21, p. 53-68, 2020. <https://doi.org/10.34060/reemat.v13i21.428>

Por outro lado, como bem observa Badaró, a figura do assistente de acusação nos revela que há mais do que um simples interesse patrimonial do ofendido dentro do processo penal. Do contrário, a assistência não seria admissível em crimes tentados ou formais¹¹⁸, ainda que mesmo a vítima habilitada como assistente tenha papel coadjuvante ao Ministério Público, apenas complementar¹¹⁹.

Por isso, faz-se necessária uma posição intermediária, na qual a vítima possa participar, fazendo valer a intenção legislativa de composição dos danos e a intenção processual penal de pacificação social, sem que necessariamente tenha o condão de se manifestar contra qualquer tipo de composição em abstrato, por mera arbitrariedade, e sem que busque estender indefinidamente a discussão sobre a indenização à qual teria direito, quase incorporando um processo civil dentro da seara penal, de modo a macular o objetivo da celeridade e desafogamento do Judiciário.

Uma possibilidade seria a abertura de espaço para que a parte ofendida possa, antes da audiência por meio de petição ou em sede de audiência, e dentro da inteligência do inciso V do artigo 28-A, participar e sugerir alterações nas cláusulas do acordo, ficando a cargo do Ministério Público a decisão sobre a pertinência das discussões, a proporcionalidade e compatibilidade das sugestões e a apresentação de uma versão final da proposta. Se as discussões se resumirem ao ambiente da audiência para proposta do acordo, preservando a oralidade, fica imaculado o objetivo de desafogamento da justiça criminal por meio da celeridade dos processos e, ao mesmo tempo, abre-se caminho para que os objetivos político-criminais do mecanismo sejam alcançados. Ao mesmo tempo, não haveria violação ao direito subjetivo da pessoa investigada, já que não se discutiria a existência da proposta, mas apenas seus termos, e nem ao poder-dever ministerial, que apenas seria municiado de mais elementos para embasar sua decisão quanto ao acordo, que invariavelmente deve ser motivada.

Aliás, ainda dentro desse diapasão, poderia a vítima discutir de forma relativamente rasa o próprio valor da indenização proposta, sendo possível que demonstre outras consequências materiais que o crime

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 307

¹¹⁹ *Ibidem*.

causou, as quais podem não estar claras à primeira vista. Pense-se, por exemplo, em um furto praticado mediante o rompimento da janela do carro do ofendido: uma primeira análise poderia pedir a reparação do dano apenas no tocante ao que foi furtado (um relógio ou celular, por exemplo), mas se abriria a possibilidade de que o ofendido requeira uma majoração da indenização pelo prejuízo sofrido em razão do vidro quebrado, desde o valor do conserto até eventuais despesas médicas por possíveis cortes causados pelos cacos.

Do ponto de vista do dano moral, não se exclui a possibilidade de que sejam discutidos inclusive por meio da adoção de institutos de justiça restaurativa¹²⁰, se for esse o melhor interesse das partes. O uso da justiça restaurativa, aliás, parece-nos muito proveitoso por possibilitar que inclusive a exacerbação das cláusulas do acordo para além da reparação financeira, voltando-se também ao sentimento pessoal da vítima e à consequente restauração do tecido social possivelmente danificado pela ocorrência do crime, bem como minimizando a possibilidade de vitimização secundária e terciária.

Também não parece equivocado que a pessoa ofendida possa, por exemplo, auxiliar o Ministério Público na fiscalização do cumprimento das obrigações pelo investigado. Aliás, o § 9º do artigo 28-A nos revela que talvez tenha sido justamente essa a intenção legislativa, já que há a previsão de que a vítima seja intimada inclusive do descumprimento do acordo.

Isso não apenas se coadunaria com a valorização da vítima, refletida no ideal de pacificação social do processo penal, como também contribuiria para uma melhor efetivação do mecanismo em termos de coerção penal, por permitir um monitoramento mais próximo, e de eficiência, já que diminuiria a carga de trabalho do órgão ministerial, permitindo inclusive uma maior concentração em casos de criminalidade organizada e grave que, ao fim e ao cabo, é o objetivo da criação do ANPP.

Verifica-se, portanto, que a participação da vítima no Acordo de Não Persecução Penal não implica, por si só, qualquer violação aos

¹²⁰ Sobre a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa no âmbito do ANPP, cf. GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 330, p. 4-6, mai. 2020.

direitos fundamentais do investigado. Ao contrário, parece que ela pode inclusive auxiliar na concretização dos ideais de Direito Processual Penal, desde que essa intervenção ocorra de forma cuidadosa, não se permitindo colocar nas mãos do/a ofendido/a a própria decisão sobre a necessidade do oferecimento da denúncia e a insuficiência da extinção de punibilidade.

CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

Ao longo deste trabalho, buscamos investigar as finalidades do processo penal, os fenômenos vitimológicos e o instituto do acordo de não persecução penal a fim de responder a duas perguntas formuladas na introdução. A primeira delas: a vítima tem lugar na dinâmica da propositura do acordo de não persecução penal?

Parece-nos adequado responder que sim, a parte ofendida pode participar do acordo. O próprio art. 28-A ajuda a responder ao questionamento; ainda que as disposições do artigo se dirijam essencialmente à parte investigada, o inciso I prevê a reparação do dano como condição para que aplicado o benefício do ANPP. Da mesma forma, o § 9º determina que a vítima seja intimada tanto da homologação do acordo quanto de seu descumprimento. Isso faz sentido também dentro da lógica de revalorização da vítima, que vem se desenhando há décadas, e no contexto das finalidades do processo penal que, embora seja um instrumento de efetivação de garantias constitucionais, tem também por objetivo a pacificação social e individual.

Passa-se, então, à tentativa de resposta à segunda pergunta: em caso positivo, quão ampla seria essa participação?

Para esse questionamento não há resposta exata. Buscamos propor que certa amplitude seja possível, contanto que o interesse da vítima em um caso concreto não seja utilizado como razão para que, em absoluto, se afaste a possibilidade de acordo.

Como visto, não há subsídio legal que torne possível a simples recusa da vítima quanto à possibilidade de assinatura de Acordo de Não Persecução Penal entre o investigado e o Ministério Público. Se nem mesmo o juízo pode determinar que o Ministério Público ofereça denúncia no caso de não concordar com a possibilidade de desfecho do conflito por meio de acordo, seria absolutamente teratológico dar esse poder à

parte ofendida que, acima de tudo, é uma invariavelmente parcial, que dificilmente poderá encarar a situação de forma equidistante, levando em consideração apenas a efetiva suficiência-adequação ou não das medidas propostas no acordo e do atendimento aos seus requisitos. A determinação de qual deve ser o destino do/a acusado/a com base exclusivamente na opinião da vítima se assemelha a um direito penal vingativo que não tem (ou não deveria ter) espaço dentro de um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, as tendências de modernização do processo penal tornam equivocada a exclusão da vítima, mesmo considerando nosso posicionamento no sentido de que o processo penal deva ter sempre como foco a proteção dos interesses da pessoa investigada. É contraproducente desconsiderar o movimento legislativo que vem se desenhando, principalmente quando é visível que a gênese do art. 28-A previu algum tipo de relevância à reparação do dano ao ofendido como opção de política criminal.

A resposta sobre qual deve ser o alcance da participação da parte ofendida no ANPP está longe de ser simples, mas é certo que não há por que entender que ela deva ser absolutamente extremada, dando total controle à vítima para que tenha poder de decisão sobre o oferecimento da denúncia ou, ao contrário, excluindo-a totalmente da negociação, desconsiderando integralmente seu sentimento pessoal e retirando-lhe a possibilidade de demonstrar outros prejuízos que tenha sofrido e talvez não estejam claros nos autos de uma investigação criminal.

Entre as duas pontas deve haver pontos que pareçam mais razoáveis e que possam satisfatoriamente cumprir com a intenção político-criminal legislativa. Uma proposta é que a vítima tenha espaço para ser ouvida, podendo utilizar de seu direito de petição para apresentar sua versão dos fatos e, inclusive, para expor suas razões para crer na insuficiência de certas cláusulas do acordo e até propor seu não oferecimento.

Outra possibilidade é que ela possa se manifestar quanto ao valor da indenização presente na proposta, de forma mais superficial do que ocorreria na seara cível, inclusive para demonstrar eventuais prejuízos que o crime possa ter-lhe causado para além daquele mais óbvio, como a subtração de um bem, por exemplo. Pode haver também a discussão sobre danos morais e psicológicos que não precisam, necessariamente, ser resolvidos por meio de indenização financeira, abrindo-se espaço para aplicação de institutos de justiça restaurativa no âmbito do ANPP.

Não se descarta, ainda, a ideia de um papel fiscalizatório da parte ofendida. De forma suplementar ao Ministério Público, semelhantemente ao que faria como assistente de acusação, poderia auxiliar no monitoramento do cumprimento do acordado. Tal solução parece extremamente adequada, por inclusive auxiliar no alcance dos objetivos de eficiência e desafogamento da justiça criminal que motivaram a inserção do mecanismo em nosso ordenamento jurídico, bem como das finalidades de efetivação da coerção penal e da pacificação social, próprias do direito processual penal.

A partir daí, a acusação poderá levar em consideração a opinião do ofendido para que possa propor outros termos do acordo, sendo inclusive possível que decida que a reparação integral do dano não é necessária, por exemplo. O ofendido pode, assim, ter seu espaço e voz dentro do processo penal, sem que isso signifique que poderá, por si só, assumir também os papéis de juiz e promotor.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.407>

BELLUTA, Hervé. Qual é o papel da vítima no processo penal italiano?. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 73–92, 2019. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/225>>. Acesso em: 17 abr. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.225>

BEDÊ JR., Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do Processo Penal – entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 219-264.

BEM, Leonardo Schmitt de; BEM, Viviane de Aquino de. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: BEM, Leonardo Schmitt

de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 75-118.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977

CISCO, Bruno Nunes; MARROS, Thales Marques. A tragédia importada: a confissão no acordo de não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 351, p. 17-19, fev. 2022

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior. Aspectos controvertidos da confissão exigida pelo acordo de não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 350, p. 16-18, jan. 2022

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior; BIAGI, Talita Cristina Fidelis Pereira. A necessidade de confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e as repercussões produzidas no processo penal e nas demais esferas do Direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 16, v. 23. p. 86-114, 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.58417>

ESPECIATO, Ian Matozo; NAVES, José Paulo; ROSA, Paul Nunes Mamede. A vitimologia e a Lei Maria da Penha: previsões legais e prática jurídica. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 177-191

FIGUEIREDO, Isabella Rocha Valença; RODRIGUES DE MELO, José Wilson. Consenso no Processo Penal: a necessária participação da vítima no acordo de não persecução. *Revista Esmat*, v. 13, n. 21, p. 53-68, 2021. <https://doi.org/10.34060/reesmat.v13i21.428>

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 433-447.

FREITAS, Luciana de. Direito penal de emergência e vitimização quaternária: a mídia como obstáculo à efetivação dos direitos humanos. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 279-287.

GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 330, p. 4-6, mai. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real e verdade formal? Um falso problema. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

JARDIM, Afrânio Silva. *Destruindo a audiência de custódia: preventiva de ofício e acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/destruindo-a-audiencia-de-custodia-preventiva-de-oficio-e-acordo-de-nao-persecuacao-penal>>. Acesso em 21 fev. 2023.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. Revalorização da vítima no processo penal, efetividade da tutela jurisdicional e hermenêutica constitucional: em busca da (ampla) legitimidade do Ministério Público para requerer medidas assecuratórias. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 17, p. 46-59, 2020. Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/405>. Acesso em: 16 abr. 2022.

KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda Dias; OLIVEIRA, Valéria Cristina Meira de. *A relevância da participação da vítima no acordo de não persecução penal*. Disponível em: <<https://amppe.com.br/a-relevancia-da-participacao-da-vitima-no-acordo-de-nao-persecuacao-penal>>. Acesso em 19 fev 2023.

KURBAN, Pedro Guilherme Müller; PIRES, Brunno Ruschel de Lia. O momento da confissão para o acordo de não persecução penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 361, p. 13-15, dez. 2022

LETELIER LOYOLA, Enrique. Editorial do dossiê “Meios alternativos, consenso e a participação da vítima no processo penal”: Participação da vítima na solução do conflito penal. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, p. 13–32, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.224>

LOPES JR. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR. Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR. Aury; JOSITA, Hígyna. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal*. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecuacao-penal>>. Acesso em: 23 abr. 2022.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o Acordo de Não Persecução Penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 51-73.

MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2021. p. 303-320.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. Rastros de uma justiça criminal colonial e antinegra. *Boletim IBCCRIM*, ano 30, n. 360, p. 4-6, nov. 2022

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAIS, Renato Watanabe de; DAVID, Décio Franco. Divulgação desautorizada de conteúdo íntimo e os processos de vitimização. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 45-59.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de não persecução penal e *absprache*: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Ludmilla_de_Carvalho_Mota.pdf>. Acesso em 22 fev. 2023

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34975/1/Consenso%20no%20Processo%20Penal%20uma%20alternativa%20para%20a%20crise%20do%20sistema%20criminal.pdf>>. Acesso em 19 fev. 2023.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>

ROSA, Larissa; MANDARINO, Renan Posella. O lugar da vítima nas ciências criminais: política criminal orientada para a vítima de crime. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 315-326.

SANTOS, Claudia Cruz. *O Direito Processual Penal Português em Mudança: Rupturas e Continuidades*. Lisboa: Almedina, 2020.

SEMEGHINI, Guilherme Macabu. *Normas do MP-RJ e do TJ-RJ que permitem celebrar ANPP em audiência de custódia*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-dez-13/guilherme-semeghini-normas-permitem-anpp-audiencia-custodia>>. Acesso em 21 fev. 2023.

SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 405-418.

SOARES, Rafael Junior; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1. p. 213-232, 2020. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231>

TORRES, Henrique Abi-Ackel; FERREIRA, Rui Miguel Zeferino. A instrumentalização das vítimas e sua utilização como grupos de pressão legislativa: uma perspectiva político-criminal. In: SAAD-DINIZ, Eduardo (org.). *O lugar da vítima nas ciências criminais*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 117-139.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

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*, ano 12, n. 2, p. 229-260, 2018. <https://doi.org/10.12957/redp.2018.31959>

WALGRAVE, Lode. La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme. *Criminologie*, v. 32, n. 1, 1999, p. 7–29. <https://doi.org/10.7202/004751ar>

WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26. p. 42–64, 2020. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/11>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

Authorship information

Beatriz Massetto Trevisan. Advogada criminalista formada pela Universidade de São Paulo (2017). beatrizmtrevisan@gmail.com.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

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

- Submission: 03/11/2022
- Desk review and plagiarism check: 20/11/2022
- Review 1: 02/12/2022
- Review 2: 29/01/2023
- Preliminary editorial decision: 03/02/2023
- Correction round return: 24/02/2023
- Final editorial decision: 06/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

TREVISAN, Beatriz M. A extensão da participação da vítima no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 343-386, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.763>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory


Quais os meios de prova no crime *insider trading* nos Estados Unidos da América? A Metodologia de Análise de Decisões aplicada na busca de respostas


Which are the means of evidence in the insider trading crime in United States of America? the decision analysis methodology applied to search of answers

Ives Nahama Gomes¹

Fundação Getúlio Vargas – São Paulo SP, Brasil

ives-nahama@hotmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/1058051012164147>


 <http://orcid.org/0000-0003-2327-0962>

Mariana Dionísio de Andrade²

Universidade de Fortaleza – Fortaleza CE, Brasil

mariana.dionisio@unifor.br

 <http://lattes.cnpq.br/2375238086112583>

 <https://orcid.org/0000-0001-8698-9371>

-
- ¹ Mestre em Direito Constitucional Público pela Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), com mobilidade acadêmica na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutoranda em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Desenvolve pesquisas e possui publicações nas áreas de Direito Penal, Direito Penal Econômico e Mercado de Capitais.
 - ² Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil na UNIFOR, UNI7 e Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC). Professora do Curso de Graduação em Direito na UNIFOR. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Coordenadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (Cnpq/UNIFOR). Pesquisadora Bolsista do Projeto Vulnerabilidades do planejamento governamental na pandemia do COVID-19: análise empírica da racionalidade decisória dos tribunais brasileiros em demandas trabalhistas e assistenciais (FEQ/DPDI UNIFOR). Coordenadora de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da ESMEC (biênio 2021-2023). Pesquisadora do grupo de estudos Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da ESMEC.

RESUMO: Este estudo objetiva responder: quais os meios de prova usados em casos criminais de *insider trading* nos Estados Unidos da América (EUA)?; Há a possibilidade desses meios de prova serem aplicados nas ações penais brasileiras sobre o tema?. Estabelece-se o conceito do uso de informações privilegiadas em sua faceta criminal pela exposição das controvérsias na temática e de como esta é tratada na literatura nacional e internacional, por constituir um estudo comparado. Depois, aborda-se a Metodologia de Análise de Decisões como forma de investigação empírica, para que se discuta a atividade probatória nos crimes de *insider trading*. Discute-se como os EUA enfrentam o assunto, especialmente, quanto ao papel das provas, para trazer elementos para o aplicador da lei brasileira. A abordagem é qualitativa e quantitativa, com revisão de literatura e Metodologias de Análise de Conteúdo e Análise de Decisões. A unidade de análise são casos criminais estadunidenses, em 2019. Concluem-se como meios de prova usados nestes: quebra de sigilo telefônico; confissão; testemunhos; prova emprestada; comunicação com sindicatos; análise estatística; artigos de jornais e conclusões do Comitê de Auditoria da própria empresa. São provas, plenamente, possíveis de levantamento e construção pelo Judiciário criminal brasileiro, então, apresentam-se propostas de melhoria.

PALAVRAS-CHAVE: Informação Privilegiada; *Insider Trading*; Meios de prova; Prova penal; Metodologia de análise de decisões.

ABSTRACT: *This study aims to answer: what are the means of proof used in criminal cases of insider trading in the United States of America (USA)?; Is it possible for these means of proof to be applied in Brazilian criminal actions on the subject?. The concept of the use of privileged information in its criminal facet is established by exposing the controversies on the subject and how it is treated in the national and international literature, as it constitutes a comparative study. Afterwards, the Decision Analysis Methodology is approached as a form of empirical investigation, in order to discuss the probative activity in insider trading crimes. It discusses how the US faces the issue, especially regarding the role of evidence, to bring elements to the Brazilian law enforcer. The approach is qualitative and quantitative, with a literature review and Content Analysis and Decision Analysis Methodologies. The unit of analysis is US criminal cases, in 2019. The following are the means of proof used in these cases: breach of telephone secrecy; confession; testimonies; borrowed evidence; communication with unions; statistical*

analysis; newspaper articles and conclusions of the company's own Audit Committee. They are evidence, fully, possible of survey and construction by the Brazilian criminal judiciary, so, proposals for improvement are presented.

KEYWORDS: *Insider trading; Means of evidence; Criminal evidence; Decision analysis methodology.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. No início, era o verbo: delimitações teóricas sobre o crime de *insider trading*; 2. Apresentação dos dados: quais os critérios probatórios utilizados pelos Estados Unidos da América em crimes de *insider trading*?; 2.1 A metodologia aplicada ao estudo; 3. Elementos de aplicação: como a análise nos Estados Unidos pode auxiliar na persecução penal no Brasil; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O uso de informações privilegiadas, ou somente *insider trading*, é a expressão consagrada para nomear as transações desleais, porque insidiosas, realizadas no âmbito do mercado de capitais pelos detentores desse tipo de informações.

Na esfera penal, a conduta é tipificada no art. 27-D da Lei nº 6.385/76. Contudo, desde sua inserção no ordenamento jurídico, o referido tipo penal vem sendo objeto de amplo debate doutrinário, resultando em diversas teses e questionamentos acerca do seu alcance, delimitações e aplicabilidade. Consta somente um caso com trânsito em julgado no Brasil, em 20 anos desde a criminalização da conduta. Isso pode indicar, com maior probabilidade, que o fenômeno da seletividade do sistema penal está ocorrendo nessa matéria, ou, no mínimo, que o sistema penal não tem sido capaz de detectar, identificar, investigar, processar e julgar esses fatos.

Diante de tal cenário, esta investigação parte dos seguintes problemas de pesquisa: quais os meios de prova usados em casos criminais de *insider trading* nos Estados Unidos da América (EUA)?; Há a possibilidade desses meios de prova serem aplicados nas ações penais brasileiras sobre o tema? Tem, como hipótese inicial, que os EUA possuem um sistema organizado de

condução e produção de provas aptas a comprovar o crime de *insider trading*, o qual pode ser tido como inspiração para o aplicador da lei penal brasileira.

O texto possui uma divisão em três tópicos. No primeiro, realizam-se esclarecimentos iniciais e necessários sobre o conceito uso de informações privilegiadas. No segundo, utiliza-se a Metodologia de Análise de Decisões (MAD), ferramenta de abordagem qualitativa com elementos quantitativos. Através dela e da Análise de Conteúdo (AC), podem ser verificadas as análises das fundamentações dos votos da unidade de análise. No terceiro tópico, apresentam-se: como a análise nos EUA pode auxiliar na persecução penal no Brasil; e as propostas de melhoria.

O estudo justifica-se pela atualidade do tema nos contextos social, econômico e jurídico, uma vez que o sistema financeiro brasileiro é estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país, que assume seu dever de fiscalização, intervindo para proteger a estabilidade da economia. Nesse sentido, deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pelos princípios e fundamentos da ordem econômica.

A pesquisa é relevante pelo ineditismo e por ser o primeiro artigo a aplicar a abordagem de Metodologia de Análise de Decisões, com foco na Análise de Conteúdo, no estudo de casos ocorridos nos EUA quanto aos meios de prova em *insider trading*. O país explicitado anteriormente foi escolhido pela origem da Comissão de Valores Mobiliários para o controle e regulamentação de mercados financeiros e pela edição da *Securities Exchange Act of 1934*.

Em termos práticos, a pesquisa é relevante porque busca respostas para a adequada utilização dos meios de prova para esse tipo de conduta pela lei penal brasileira. Assim, pode fornecer subsídios para a fundamentação das decisões judiciais e contribuir fortemente para a atividade judicante. Para a advocacia, o assunto é relevante porque evidencia a existência de um conjunto mais restrito de meios de prova. Para membros do Ministério Público, o artigo é essencial por destacar caminhos viáveis para a atividade probatória mais segura, conferindo sustentáculo para bons pareceres e uma baliza objetiva para a produção antecipada de provas quando da exigência por medidas cautelares.

Ainda, o estudo demonstra as vantagens da aplicação da Análise de Conteúdo e da Metodologia de Análise de Decisões como ferramentas para análise empírica do fenômeno estudado.

1. NO INÍCIO ERA O VERBO: DELIMITAÇÕES TEÓRICAS SOBRE O CRIME DE INSIDER TRADING

Quando a sociedade adentra no contexto da modernidade reflexiva, confronta consigo uma espécie de espelho social, e as fontes de perigos já não são o desconhecimento, mas, sim, o conhecimento³. Percebe-se que a importância das informações e seus fluxos de interação constituem proposições insurgentes na sociedade reflexa⁴. A informação, ou seja, o conhecimento dos fatos, tem valor imensurável e direciona as ações das pessoas que a detêm⁵.

A informação é um bem dotado de valor econômico⁶ e representa um anseio e uma busca humana basilar, seja para questões simples do dia a dia, entre as relações interpessoais, seja para o desenvolvimento tecnológico, científico e, até mesmo, místico⁷.

No mercado financeiro, o poder da informação na tomada de decisões é demonstrado não somente pelo caráter de influência que experimenta no âmbito negocial das partes envolvidas, mas por abranger, também, a capacidade de que uma assimetria informacional, fora das marcas admitidas, é passível de afetar diretamente a credibilidade dos investidores no funcionamento e na estrutura de todo o mercado⁸.

³ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. Revisão técnica Cibele Saliba Rizek. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

⁴ TRANFIELD, David; DENYER, David; SMART, Palminder. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. *British journal of management*, v. 14, n. 3, p. 207-222, 2003.

⁵ WANG, William K. S.; STEINBERG, Marc I. *Introduction: Insider Trading*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁶ PRATAS, Marta Alexandra Fialho. *O insider trading nos mercados financeiros: o papel da informação no funcionamento dos mercados e sua regulação*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

⁷ EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de capitais: regime jurídico*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 460.

⁸ FERREIRA, Laila Cristina Duarte. *Divulgação de informações no mercado de valores mobiliários brasileiro: a regulação da atividade jornalística*. 2013. 240 f.

A assimetria informacional é a expressão designada para afirmar que uma das partes está em posse de maiores ou melhores informações que a outra. Embora possa se falar em certo risco permitido dentro da atuação do mercado, a situação assimétrica é uma condição estranha, anômala, quando utilizada de forma tergiversada a fim de obterem-se vantagens ilícitas dos seus usuários, em um comportamento desleal perante o mercado⁹. Dessa forma, essa assimetria rompe com a função de resguardar a transparência e simetria de toda informação chamada como pública, desvinculando-se do princípio da transparência¹⁰.

Para David Kreps e Robert Wilson¹¹, em uma análise cujo objeto é a teoria dos jogos, os efeitos de informações imperfeitas podem ser dramáticos. Os autores assim concluem que, para haver um equilíbrio sequencial, ao escolher uma ação, o jogador avalia a probabilidade com base em seu conjunto de informações, fruto de tudo o que ele acredita ter acontecido até aquele momento. Somente a partir de todas as informações, o jogador da vez move-se, usando uma estratégia ideal para o resto do jogo. Uma simples incerteza tem o potencial de desestabilizar a análise teórica dos jogos, a qual não funciona bem se houver insegurança quanto à recompensa dos jogadores. Na teoria dos jogos, as recompensas de todos os jogadores devem ser de conhecimento de todos os envolvidos¹².

O papel dos dados é promover um reflexo para a dinâmica do mundo dos investimentos. Quando uma empresa retém informações relevantes, seus valores mobiliários não têm mais preços atuais pelo

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

⁹ CHARÃO, Anderson Pereira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A (in)eficiência da punição do insider trading à luz da análise econômica do direito e da jurisprudência da comissão de valores mobiliários. *Economic Analysis of Law Review*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 142-157, 2019.

¹⁰ ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o Mercado de Capitais*. 2009. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

¹¹ KREPS, David M.; WILSON, Robert. Reputation and imperfect information. *Journal of economic theory*, [s.l.], v. 27, n. 2, p. 253-279, 1982.

¹² SCHIFFEL, Stephan; THIELSCHER, Michael. Representing and reasoning about the rules of general games with imperfect information. *Journal of Artificial Intelligence Research*, [s.l.], v. 49, p. 171-206, 2014.

mercado. Se a informação não divulgada for particularmente significativa, o erro no preço pode ser substancial e vir a minar a eficiência mercantil¹³.

O uso da informação privilegiada relevante ainda não divulgada, ou somente *insider trading*, é tema que passeia ao redor do mundo e parte dos Estados Unidos da América desde a crise de 1929¹⁴. A criminalização da prática, em diversos países, suscitou argumentos favoráveis¹⁵, sob a alegação de uma proteção ao funcionamento das relações mercantilistas, para zelar pela divulgação de informações de modo claro, público e preciso. Alguns críticos¹⁶, também, fincaram suas bases argumentativas na existência de uma utilidade em tais comportamentos, pois estes seriam capazes de diminuir os riscos de perdas monetárias nos investimentos.

O uso de informações privilegiadas nos EUA baseia-se, nominalmente, na proibição de fraude encontrada na Regra 10b-5 da Lei da Bolsa de Valores^{17,18}. Segundo a lei atual, há três teorias básicas sob as quais a negociação de informações privilegiadas torna-se ilegal.

¹³ BAINBRIDGE, Stephen M. *Research handbook on insider trading*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

¹⁴ PRADO, Viviane Muller; RACHMAN Nora; VILELA, Renato. *Insider trading: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil*. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. Coleção acadêmica livre. p. 8.

¹⁵ A exemplo do precursor: LELAND, Hayne E. Insider Trading: should it be prohibited? *Journal of political economy*, v. 100, n. 4, p. 860, ago. 1992.

¹⁶ ENGELN, Peter-Jan. Criminal Behavior: A real option approach with an application to restricting illegal insider trading. *European Journal of Law and Economics*, v. 17, n. 3, p. 329-352, 2004.

¹⁷ *Code of Federal Regulations, Date: 2019-04-01, § 240.10b-5 Employment of manipulative and deceptive devices. It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities Exchange: (a) To employ any device, scheme, or artifice to defraud, (b) To make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or (c) To engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security. (Sec. 10; 48 Stat. 891; 15 U.S.C. 78j) [13 FR 8183, Dec. 22, 1948, as amended at 16 FR 7928, Aug. 11, 1951]* (UNITED STATES, 2019, online).

¹⁸ UNITED STATES. *Code of federal regulations*. Govinfo, [s.l.], 2019.

No país supramencionado, as teorias sobre o uso de informações privilegiadas enquadram-se em duas categorias principais: teorias da agência e teorias de mercado. As primeiras analisam o efeito do uso de informações dentro do contexto do problema clássico de agência (dentro dos intramuros da agência, na figura do agente interno). Nesse contexto, o *insider trading* é avaliado de acordo com uma melhora ou piora dos custos da agência. Trata-se de uma análise estrita em nível de possibilidade negocial da empresa. As teorias de mercado, por sua vez, consideram a estrutura do *insider trading* a partir da implicação das negociações com informações privilegiadas para os mercados de ações como um todo¹⁹.

Quando das delimitações aplicadas nos tribunais, a doutrina e a jurisprudência estadunidenses apresentam duas teorias principais²⁰ que abordam a responsabilidade do *insider trading*, quais sejam, a teoria clássica surgida no caso *In re Cady, Roberts & Co*, e a teoria da malversação. Há, ainda, uma terceira teoria, que trata da responsabilidade *tipper-tippee*²¹.

No primeiro julgamento (*In re Cady, Roberts & Co*), a *Securities and Exchange Commission* concluiu que houve violação às leis do mercado por entender que, aos *corporate insiders*, é aplicado o dever de não usar, ou divulgar a informação com potencial para influir na decisão de investir e que são de seu conhecimento em virtude do cargo²².

A teoria da malversação, em seu tempo, foi desenvolvida com um esforço para preencher as lacunas deixadas pela teoria clássica: somente é responsável pela prática de *insider trading* o agente que possui um dever

¹⁹ BENY, Laura N. A comparative empirical investigation of agency and market theories of insider trading. *Law & Economics Working Papers Archive*, Michigan, 2004.

²⁰ As duas primeiras, *classical theory* e *misappropriation theory*, surgem das interpretações da seção 10(b) e da regra 10b-5. Já a última, *tipper-tippee liability*, surge da regra 14e-3.

²¹ WARD, Robert. Breach of duty: classical theory. In: SCHULTE, Roth; ZABEL, L. L. P.; DAVIS, Harry (Coords.). *Insider trading*. Law and compliance. Answer Book 2011-12. New York: Practising Law Institute, 2011. p. 176.

²² WARD, Robert. Breach of duty: classical theory. In: SCHULTE, Roth; ZABEL, L. L. P.; DAVIS, Harry (Coords.). *Insider trading*. Law and compliance. Answer Book 2011-12. New York: Practising Law Institute, 2011. p. 180.

fiduciário de confiança com a fonte da informação privilegiada e usa essa informação em proveito próprio²³.

A diferença entre as duas teorias é o fato de, na primeira, haver um dever fiduciário de lealdade devido pelo *corporate insider* à companhia e aos investidores, enquanto, na segunda, o agente quebra um dever devido à parte que confiou a informação relevante a ele, muito embora não possua qualquer dever de fidúcia para com os investidores da companhia.

A terceira teoria, que trata da responsabilidade *tipper-tippee* baseada na regra 14e-3, delimita a responsabilidade do *tipping*, aquele que passa as informações sobre uma oferta pública ainda não divulgada, mesmo que não realizem negociações com base na informação²⁴.

Em uma crítica às teorias, Bainbridge²⁵ menciona que a noção, ou uma ausência de noção melhor construída, de violação de deveres fiduciários criou um ambiente fragmentado, complexo e incerto, e fez surgir um sistema regulatório, potencialmente, irracional, com a aplicação da própria teoria mais difícil. No entanto o mesmo autor reconhece que, quando as diferentes teorias são consideradas em conjunto, a maioria dos casos relevantes de *insider trading* são cobertos.

Steinberg e Wang²⁶, ao abordarem a estrutura do *insider trading*, mencionam uma “relação especial”, em forma de triângulo. No ápice do triângulo, está o(a) emissor(a) das ações negociadas, em regra, a companhia (A). Na base esquerda do triângulo, é o *trader*, o indivíduo que detém as informações privilegiadas da empresa (B). Por último, na base direita do triângulo, fica a parte “inocente” (C). Por causa de seu relacionamento mútuo com o emissor e a parte do outro lado do comércio, os

²³ WARD, Robert. Breach of duty: classical theory. In: SCHULTE, Roth; ZABEL, L. L. P.; DAVIS, Harry (Coords.). *Insider trading. Law and compliance. Answer Book 2011-12*. New York: Practising Law Institute, 2011. p. 198-199.

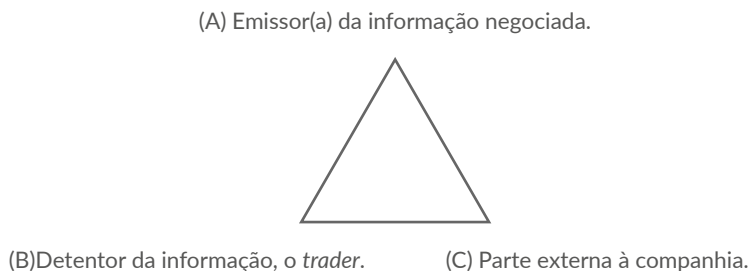
²⁴ SANDICK, Harry. Statutory Background. In: SCHULTE, Roth; ZABEL, L. L. P.; DAVIS, Harry (Coords.). *Insider trading. Law and compliance. Answer Book 2011-12*. New York: Practising Law Institute, 2011. p. 33.

²⁵ BAINBRIDGE, Stephen M. *Research handbook on insider trading*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

²⁶ WANG, William K. S.; STEINBERG, Marc I. *Introduction: Insider Trading*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

traders têm um relacionamento especial. Esse relacionamento especial cria, obrigatoriamente, o dever de divulgar.

Figura 1: triângulo representativo da “relação especial” em que consiste o *insider trading*



Fonte: Steinberg e Wang²⁷

No Brasil, conforme precedentes da Comissão de Valores Mobiliários²⁸, cuja norma responsável pelo tema é a Recomendação 44/2021, o *insider trading* demanda, em linhas gerais, a confluência dos seguintes

²⁷ WANG, William K. S.; STEINBERG, Marc I. *Introduction: Insider Trading*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

²⁸ A exemplo dos seguintes PAS no âmbito da Comissão de valores mobiliários: 1. PAS nº RJ 2014/0577. Apurar o eventual uso de informação privilegiada, em infração ao artigo 155, § 1º, da Lei nº 6.404/1976 c/c o disposto no artigo 13, §1º, da Instrução CVM nº 358/2002. Acusados: Marcio Rocha Mello; Milton Romeu e Eduardo de Freitas. Diretor-Relator: Gustavo Machado. CVM [online], 25 out. 2017. Rio de Janeiro, 11 dez. 2017.; 2. PAS CVM nº RJ 19957.001639/2016-15. Manipulação de preços e uso de informação privilegiada (*insider trading*). Acusado: Jaime Augusto. Diretor-Relator: Gustavo Machado. CVM [online], 26 nov. 2019. Rio de Janeiro, 2019.; 3. PAS CVM nº 22/99. Relator-diretor: Marcelo Trindade. CVM [online], 16 ago. 2001. Rio de Janeiro, 2021.; 4. PAS CVM nº 04/04. Negociações de valores mobiliários realizadas por advogados que tiveram acesso, no exercício de sua profissão, a informações sobre negócios dos emissores (*insider trading*). Absolvção e multa. Acusados: Carlos Augusto e Roberto Mário. Diretor-relator: Marcelo Trindade. CVM [online], 28 jun. 2006. Rio de Janeiro, 2006.; 5. PAS CVM nº RJ 2015/13651. Uso de informação privilegiada em negociações com ações ordinárias de emissão da companhia Brasil Brokers Participações S.A. Multas. Acusados: Ariovaldo da Silva e Luiz Eduardo Haus. Diretor-relator: Gustavo Machado. CVM [online], 19 jun. 2018. Rio de Janeiro, 2018.

elementos: (i) existência de informação relevante ainda não divulgada ao público; (ii) posse de tal informação pelo investidor em nome do qual se executou a operação investigada; e (iii) utilização de tal informação para obtenção de vantagem em operações no mercado.

Na esfera penal, a conduta é tipificada no art. 27-D da Lei nº 6.385/76²⁹ e, desde sua inserção no ordenamento jurídico, o referido tipo penal vem sendo objeto de amplo debate doutrinário, resultando em diversas teses e questionamentos acerca do seu alcance, delimitações e aplicabilidade.

A importância da simetria informacional, ou seja, a proteção de igualdade do ponto de vista das oportunidades, para a tutela penal, é mencionada por Grandis³⁰, Mota³¹, Proença³² e Salomão³³, invocando-se o uso das informações no mercado mobiliário como direito difuso, pois

²⁹ Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

§ 1º Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.

§ 2º A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.

³⁰ DE GRANDIS, Rodrigo. DE GRANDIS, Rodrigo. Aspectos penais do uso de informação privilegiada (insider trading) no direito brasileiro. In VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theonomiro (Coordenadores). Direito Penal Econômico. Crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p.152

³¹ MOTA, Fernando de Andrade. *O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

³² PROENÇA, José M. M. *Insider trading: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 203-268.

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 154.

estendida a todos os indivíduos participantes do mercado de ações e com sua proteção em debate nas três esferas normativas.

Justifica-se, ainda, o tratamento jurídico-penal do *insider trading* no Brasil como uma resposta à inoperatividade de sanções civis e administrativas ante uma alegada reiteração delitiva da prática e uma perda de confiabilidade dos investidores. Nas palavras dos autores, trata-se de um delito pluriofensivo, cujo bem jurídico é supraindividual, evidenciado pela confiança e pelo dever de transparência e informação plena no mercado de capitais³⁴.

A necessidade da tutela penal deu-se em consideração à importância de proteger-se o sistema financeiro de conduta que impacta negativamente na simetria informacional. Almeja-se a tutela da estabilidade e a eficiência do mercado mobiliário³⁵.

Na tratativa penal do tema, questões, como “pode-se punir?”, ou “deveria ser punido?”, permeiam longas páginas de construções teóricas sobre bem jurídico. Porém a questão não é *se* punir, mas *como* punir e como se *provar* o crime.

A dificuldade de prevenção, detecção e repressão do *insider* é apresentada em diversos trabalhos, a exemplo de Isac Silva³⁶, Lauro Ishikawa e Benedicto de Souza Mello Neto³⁷, Thiago Bottino e Luis Roberto Cordeiro

³⁴ DE GRANDIS, Rodrigo. DE GRANDIS, Rodrigo. Aspectos penais do uso de informação privilegiada (*insider trading*) no direito brasileiro. In VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theonmiro (Coordenadores). Direito Penal Econômico. Crimes financeiros e correlatos. São Paulo: Saraiva, 2011, p.168. p.152

³⁵ LAGE, Telder Andrade. *O insider trading: o alcance da proibição do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais e a responsabilidade do insider*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais, 2011. p. 86.

³⁶ COSTA, Isac Silva. High Frequency Trading é uma nova forma de *insider trading*? In: PARENTONI, Leonardo; GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. v. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 527-553.

³⁷ ISHIKAWA, Lauro; MELLO NETO, Benedicto de Souza. A problemática da autoria delitiva e do bem jurídico protegido no crime de “uso indevido de informação privilegiada” no mercado de Capitais Brasileiro. *Revista Científica Hermes*, v. 16, p. 49-68, 2016.

Guerra³⁸, Guilherme Brenner Lucchesi³⁹ e Anne Carolina Stipp Amado⁴⁰. Esses autores mencionam sempre uma “dificuldade probatória” nas ações criminosas de utilizar informação relevante de que se tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação. Não cotejam ou esboçam, todavia, propostas de melhorias para o aplicador penal.

A simples constatação de que, em 20 anos de criminalização da conduta, há somente um caso⁴¹ com trânsito em julgado relacionado a esse crime já é um indicativo de que o fenômeno da seletividade do sistema penal está ocorrendo nessa matéria, ou, no mínimo, de que o sistema penal não tem sido capaz de detectar, identificar, investigar, processar e julgar esses fatos.

Esbarra-se na afirmação de ser um crime de difícil arcabouço probatório, em um determinismo amargo, e deixa-se sempre para o próximo operador essa resolução, mas ela parece nunca chegar.

Os problemas da abstração conceitual ou das dificuldades de estabelecerem-se meios de provas em *insider trading* não são dos mercados

³⁸ GUERRA, Luis; BOTTINO, Thiago. O crime de uso indevido de informação privilegiada (*insider trading*): a persistente dificuldade probatória do delito após a edição da Lei 13.506, de 2017. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 13, n. 1, p. 135-150, 2019.

³⁹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. O Objeto de Tutela Penal no Delito de Insider Trading. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 90, p. 137-164, 2011.

⁴⁰ KOZIKOSKI, Anne Carolina Stipp Amador. *Limites da intervenção penal no mercado de valores: análise do uso de informação privilegiada-insider trading*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

⁴¹ A primeira sentença condenatória proferida no Brasil, quanto ao crime de *insider trading* foi prolatada em fevereiro de 2011, nos autos da Ação Penal nº 0005123-26.2009.403.6181, envolvendo o rumoroso caso de dois executivos da Sadia que se utilizaram de informações concernentes à operação de fusão daquela Companhia com a Perdigão, os quais passaram a negociar com títulos da empresa oferecidos na bolsa de valores de Nova York, os denominados American Depositary Receipt (ADR). A sentença condenatória de primeira instância, subscrita pelo Juízo da 6ª Vara Criminal Federal de São Paulo, foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, condenando os acusados pelas práticas que lhes foram imputadas na denúncia.

subdesenvolvidos, tampouco somente do Brasil. É um problema de uma intervenção legislativa impensada, comumente, surgida em contextos de crises, em que o tratamento jurídico da matéria é estabelecido por meros voos da imaginação jurídica. O próprio estabelecimento inaugural da matéria, amplamente, reproduzido por outros países há quase 100 anos, teve seu início devido a uma crise: a crise de 1929, no mercado dos Estados Unidos.

Assim, reconhece-se que, na prática judicial, a busca pelo convencimento e pela persuasão do julgador tem um papel fundamental na orientação da atuação das partes processuais, de modo que apenas é permitida uma sanção punitiva pelo Estado nos casos em que tenha ocorrido um fato criminoso, cuja autoria e materialidade restem provadas no processo⁴². Entretanto há clara lacuna normativa e insuficiência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, com um cenário de confusões e divergências quando a temática é meios de prova nos crimes contra o mercado de capitais.

2. APRESENTAÇÃO DOS DADOS: QUAIS OS CRITÉRIOS PROBATÓRIOS UTILIZADOS PELOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EM CRIMES DE INSIDER TRADING?

Garcia Caveró⁴³ afirma que, no campo do Direito Penal Econômico, o que se sanciona não é exatamente a lesão ao sistema econômico, mas a “*defraudación de la expectativa normativa de conducta de actuar de acuerdo con el modelo de orientación vigente en el sistema econômico, esto es, respetando los derechos e instituciones reconocidas*”.

A sanção penal é a maior forma de intervenção por parte do Estado. Como tal, deve ser aplicada levando-se em conta as consequências de sua aplicação para toda a sociedade. A reflexão não se resume na

⁴² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020.

⁴³ CAVERO, Percy Garcia. *Derecho Penal Económico*. Parte General. 2. ed. Grifley: Lima, 2007.

abordagem de direito mínimo; adentra nos limites que devem ser impostos à atuação estatal e quais os meios de prova a serem usados pelo Estado⁴⁴.

Nesse eixo temático, a prova é o instrumento utilizado, no curso do debate processual, para a busca da verdade. Esta não seria uma verdade real, cuja busca foi, por muito tempo⁴⁵, orientação de princípio processual penal. Considera-se uma verdade de *reconstrução* de fatos ocorridos⁴⁶, uma constatação empírica parcial, com argumentação voltada à adequada (re)cognição das questões de fato subjacentes à discussão processual para convencer o magistrado de que sua noção da realidade é a correta, de que os fatos deram-se da maneira narrada por quem os alega⁴⁷.

O tópico que se apresenta a seguir é delimitado à luz de casos sobre *criminal insider trading*, no país foi o berço da legislação sobre o tema: os Estados Unidos da América. Busca contribuir para estruturação sistemática do ponto fundamental do processo penal brasileiro, verificando a congruência entre a acusação imputada e o lastro probatório produzido por iniciativa das partes.

⁴⁴ SOUZA, Luciano Anderson; ARAUJO, Marina Pinhão (Orgs.). *Direito penal econômico: leis penais especiais*. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁴⁵ Conforme afirma Badaró, o “tema da verdade e a própria possibilidade epistêmica de atingi-la são demasiado amplos. Seria pretencioso, após milênios de discussões filosóficas, querer dizer qual a solução correta para tais problemas”. Trabalhar com os fundamentos epistemológicos da prova penal é partir de uma premissa sobre a possibilidade de atingir-se um conceito verdadeiro. Não cabe tal cogitação para um perfeccionista desiludido (BADARÓ, Gustavo H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, Editorial Dossiê, p. 43-80, jan./abr. 2018).

⁴⁶ Badaró, em suas colocações, afirma: “Embora se adote um conceito de verdade como correspondência, isso não significa que a relação entre prova e verdade adotada seja uma relação conceitual ou de identidade absoluta”. E, citando Ferrer Beltrán, continua: “deve ser entendido o enunciado ‘p está provado. Não significa nem que ‘p é verdadeiro’, o que seria uma relação conceitual, nem que ‘p foi estabelecido pelo juiz” (BADARÓ, Gustavo H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, Editorial Dossiê, p. 43-80, jan./abr. 2018. p. 69). Nesse último caso, sem dúvida, o convencimento psicológico do juiz é uma condição necessária, mas não suficiente, à qual deve se acrescentar a aplicação, na formação do convencimento do juiz, de critérios de racionalidade e regras da lógica.

⁴⁷ GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Carolline Mayumi. Falsas Memórias no Processo Penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 59, p. 181-209, 2020.

2.1. A METODOLOGIA APLICADA NO ESTUDO

Antes de serem apresentados os dados resultantes da pesquisa, faz-se necessária a explanação sobre o método aplicado, o qual se baseia na Metodologia de Análise de Decisões, fundamenta-se em Peter Cane e Herbert M. Kritzer e é idealizado na obra *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*⁴⁸ para especificar trabalhos que se valham de mais de uma técnica de pesquisa. Assim, o artigo alicerça-se na revisão de literatura, na Metodologia de Análise de Decisões e na Metodologia da Análise de Conteúdo.

A pesquisa^{49,50} guiada por métodos mistos tende a ir além da distinção entre análise qualitativa e quantitativa, porque implica pressupostos epistemológicos específicos. Se há um adequado ajuste entre os métodos, é possível sugerir maior sofisticação para os resultados, especialmente, na área procedimental do processo.

A utilização de estratégias variadas tende a fazer a pesquisa avançar na medida em que afasta o viés intencional de seleção nas amostras, testa hipóteses e valida inferências. O pluralismo metodológico que ocorre a partir da adoção da abordagem quali-quantitativa consiste em relevante

⁴⁸ CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. *The Oxford handbook of empirical legal research*. New York: Oxford Handbooks in Law, 2010.

⁴⁹ Especialmente, o estudo em ciências criminais, como delineiam Danielle Araújo e Gabrielle Valle (2021), o processo criminal “é uma fonte intensa, ou seja, uma documentação que existe por causa do ‘desejo de verdade’ de instituições e de seus agentes, a qual é definida por um escopo. Se a finalidade jurídica do processo é a reconstrução dos fatos que lhe deram causa para apuração da ‘verdade’, esta é uma fonte caracterizada por estar repleta de narrativas e detalhes a esse respeito. Essa intensividade, à luz do método indiciário, que privilegia o exame dos detalhes e pormenores em detrimento da generalidade, penetrando nas ‘coisas concretas e ocultas através de elementos poucos notados ou despercebidos, dos detritos ou ‘refugos’ da nossa observação’. [...] O processo criminal, portanto, se bem documentado e rico em fatos ou personagens, privilegia um exame qualitativo, em particular por meio da metodologia da micro-história, na qual, quanto mais detalhes, mais possibilidades para compreensão do passado”.

⁵⁰ ARAÚJO, Danielle R. W.; VALLE, Gabrielle S. O fio de Ariadne: um mapa metodológico para o labirinto das narrativas do processo criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 2, p. 1187-1224, mai./ago. 2021.

ferramenta para superar as tradicionais rupturas metodológicas e fortalecer a validade dos resultados, ampliando a esfera reflexiva e argumentativa.

Então, os dados, de maneira preponderante, no presente artigo, são palavras. Elas podem ser interpretadas, organizadas em categorias e usadas para identificar padrões. Porém essas palavras foram captadas a partir da Metodologia de Análise de Decisões, formando, com a junção de técnicas supraexplicada, o pluralismo metodológico, o qual se apresenta, nas palavras de Mariana Dionísio⁵¹, como uma “complementariedade das abordagens, apta a identificar padrões de comportamento e, em certos casos, permitir a construção de inferências e predições”.

O ponto de partida da análise é a revisão de literatura, que foi realizada utilizando-se as bases de dados *Web Of Science* e *Google Acadêmico* com as chaves de pesquisa: “*insider trading*”; “*uso de informação privilegiada*”; “27-D da Lei nº 6.385/76”. Usou-se o recorte temporal “*todos os anos*” para que pudessem ser verificadas a relevância do tema, a possibilidade de pesquisa, a viabilidade e quais os referenciais teóricos que poderiam ser norteadores na elaboração do artigo.

Verificada a viabilidade da pesquisa, passou-se à investigação das decisões judiciais em *criminal insider trading*, e seu início dá-se com o procedimento da Metodologia de Análise de Decisões (MAD), fruto dos estudos de Freitas Filho e Lima⁵². Selecionou-se esse método por ele permitir organizar informações sobre decisões proferidas em determinado contexto, inclusive com a compreensão do seu sentido, forma e fundamentação utilizada.

A primeira fase da MAD é a pesquisa exploratória, realizada com a revisão de literatura. Em seguida, passa-se ao recorte objetivo, o qual corresponde ao problema de pesquisa delimitado. A terceira fase da MAD é o recorte institucional, que deve atender os critérios de pertinência

⁵¹ ANDRADE, Mariana Dionísio de. *As determinantes da sobrevivência política: uma análise sobre a duração dos secretários estaduais entre 1990 e 2016*. 2018. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Ciência Política, CFCH, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

⁵² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de análise de decisões - MAD*. *Universitas Jus*, Brasília, v. 2, n. 21, p. 1-17, 2010.

temática e relevância decisória⁵³. Foi selecionada, para tanto, a unidade de análise Estados Unidos da América, cuja escolha é justificada pelo fato de o país ser o precursor em matéria de repressão ao ilícito de *insider trading*, bem como por ser o país com o maior volume de transações em bolsas de valores do mundo.

O próximo passo da MAD é a constituição de um banco de dados com decisões e, depois, a identificação de como os julgadores tratam o objeto da pesquisa a partir dos elementos narrativos com os quais os argumentos são construídos. Por fim, deve ser feita a reflexão crítica sobre a prática decisória identificada⁵⁴. Passa-se então à descrição dessas etapas do procedimento da MAD.

A busca pelos acórdãos foi realizada no sítio eletrônico do sistema do próprio Governo Estadunidense, no site <https://www.govinfo.gov/app/search/>, em razão da disponibilidade de dados e da uniformização da metodologia de coleta. Utilizou-se a ferramenta “consultas de julgados” com a inserção das palavras-chave preestabelecidas: “*criminal insider trading*”, refinadas por *Collection: United States Courts Opinions AND Date Published: 2019*. Apresentaram-se 44 julgados inicialmente.⁵⁵

O ano delimitado foi 2019 após ser percebido que, nos resultados para os anos de 2020 e 2021, quase a totalidade dos achados eram de acordos ou procedimentos cíveis⁵⁶, o que não ajuda a responder ao

⁵³ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões - MAD. *Universitas Jus*, Brasília, v. 2, n. 21, p. 1-17, 2010.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ Tabela de dados depositada em repositório aberto: SANTOS, Ives. MAD. EUA.xlsx. figshare, Acesso em: 6 mar. 2023. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.2223743.v4>

⁵⁶ Uma menção válida é a de que a MAD foi realizada a partir de dados do site: <https://www.govinfo.gov/app/search/>, o qual só apresenta como resultados aqueles disponíveis e públicos. A ausência de casos no Distrito de Manhattan, por exemplo, pode se dar pela ausência de publicidade, pela existência de sigilo nos dados ou pela inexistência, no recorte mencionado, de ações criminais, figurando somente em acordos ou ações cíveis, possivelmente. Esse fato não coloca em questionamento a fidedignidade dos resultados, mas demonstra uma dificuldade na obtenção de dados empíricos em âmbito criminal nos sistemas dos EUA ou, até mesmo, preponderância de outros tipos de ações, que não a criminal, resposta que não se pode esboçar.

problema de pesquisa deste estudo. Assim, os resultados de 2019 são os mais apropriados para este trabalho.

Durante a coleta dos dados referente à fundamentação, utilizaram-se somente casos criminais e que tratavam de moções ao Tribunal, ou seja, pedidos de revisão da decisão distrital. Verificou-se, ainda, a incidência de votos que: 1) não diziam respeito ao problema de pesquisa; 2) não tratavam do assunto “*criminal insider trading*”; 3) não eram “apelações”; ou 4) eram processos repetidos, motivo pelo qual foram descartados. Diante disso, a amostra, efetivamente, analisada e trazida nos resultados foi o total de oito casos.

Passada essa coleta de dados inicial, a pesquisa valeu-se de uma metodologia de análise de dados qualitativos denominada Análise de Conteúdo (AC). Essa metodologia de pesquisa é usada para descrever e interpretar a totalidade de qualquer conteúdo objeto de investigação, como o próprio nome indica. Para sua realização, destaca-se a seguinte ordem de execução: categorização, descrição e interpretação⁵⁷.

A AC constitui bem mais do que uma simples técnica de análise de dados; representa uma abordagem metodológica com características e possibilidades próprias. Possui um significado especial no campo das investigações sociais aplicadas, pois vai além da técnica objetiva dos dados e freia a técnica subjetiva da análise bibliográfica. Trata-se de uma técnica de leitura e interpretação capaz de abrir as portas ao conhecimento de aspectos e fenômenos da vida social, de outro modo, inacessíveis⁵⁸.

As duas primeiras ordens de execução já foram realizadas por meio da MAD. A interpretação dos dados está delineada no quadro abaixo, que compila os resultados da pesquisa, elencando quais os meios de provas para condenação ou absolvição, em casos de *criminal insider trading*, nos EUA.

⁵⁷ MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Revista Educação*, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

⁵⁸ MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Revista Educação*, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999.

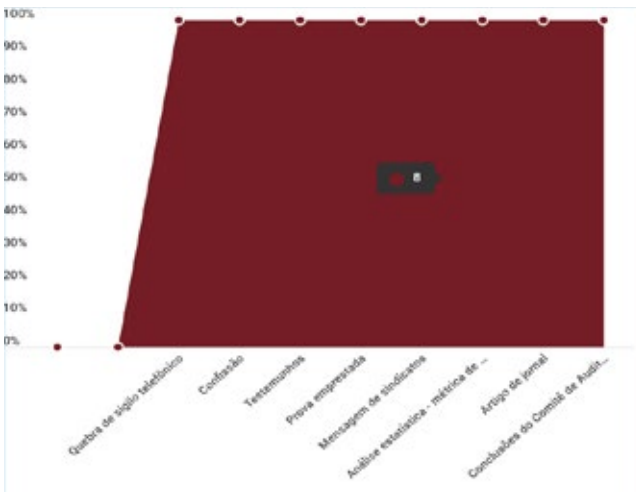
Quadro 1: Meios de provas para condenação ou absolvição em casos de *criminal insider trading*, nos EUA.

<i>Distrito</i>	<i>Nº do processo criminal</i>	<i>Meios de provas para condenação ou absolvição</i>
Distrito Médio Da Louisiana	18-31299 - USA v. Tinghui Xie.	Registros telefônicos (habitualidade de ligações entre acusados). Quebra de sigilo telefônico. Mensagens de operadora e de aplicativos.
Distrito Norte De Illinois	17-643 - USA v. Beshey et al	Testemunho de um réu que, desde o início, declarou-se culpado mais o material apreendido com as quebras de sigilo telefônico. Contudo a moção foi acolhida para que o governo aprimorasse as provas, e estas foram consideradas insuficientes para a condenação.
Distrito de Massachusetts	17-1590 - US v. Kanodia	Quebra de sigilo telefônico e confissão e testemunhos.
Distrito de Massachusetts	17-1137 - US v. Kanodia	Quebra de sigilo telefônico e confissão e testemunhos.
Distrito Leste da Pensilvânia	17-2187 - Us V Universal Health Services, Inc., Derivative Litigation	Prova emprestada de outros processos cíveis e criminais, os quais indicavam que, por causa da má conduta da empresa, ela estava perdendo valor econômico; quebra de sigilo telefônico; mensagens do sindicato trabalhista levantando preocupação com possíveis “ <i>tippes</i> ”; planos de negociação - média de negociação dos envolvidos e discrepância da média e o negócio do dia do crime; análise estatística para provar essa métrica de negociação; artigo do <i>BUZZFEED NEWS</i> .
Distrito Leste de Nova York	17-3355 - United States of America v. Klein (Schulman)	Quebra de sigilo telefônico; confissão e testemunhos.

<i>Distrito</i>	<i>Nº do processo criminal</i>	<i>Meios de provas para condenação ou absolvição</i>
Distrito de Massachusetts	18-10083 - USA v. Chen	Quebra de sigilo telefônico; registros telefônicos com <i>insider</i> já condenado em outro caso; testemunho de agentes do FBI; análise estatística para provar a métrica de negociação.
Distrito Ocidental do Texas	17-50162 - City of Pontiac Gen Empl Retmn v. Vinit Asar, et al	Conclusões do Comitê de Auditoria da própria empresa; análise estatística para provar a métrica de negociação.

Fonte: elaboração própria, com base nos dados da MAD, 2021.

Gráfico 1: distribuição percentual dos meios de prova nos casos analisados



Fonte: elaboração própria, com base nos dados da MAD, 2021.

Da análise dos casos, pode ser percebida uma preponderância do tipo de meio probatório correspondente à quebra de sigilo telefônico. Esta é subdividida em registros de ligações e registros de mensagens por aplicativos de conversa, tal qual o *WhatsApp*. No Gráfico abaixo, pode

ser visualizada, de maneira mais interativa, a distribuição de cada meio de prova em cada caso em estudo.

No caso *United States of America vs. Klein*, o acusado afirmou que “seria bom ser rei por um dia”. Esta foi a peça-chave para a investigação criminal, pois, em sua confissão, ele afirmou que, ao fazer esse comentário, revelou informações públicas a um amigo que, também, era seu consultor financeiro. Afirmou, ainda, que um dos meios usados, após desconfiar que seu telefone poderia estar sob quebra de sigilo, foi um e-mail codificado como lixo eletrônico, o qual era utilizado para indicar transações para os demais participantes da fraude, incluindo sua esposa.

O caso 17-2187 - *US vs. Universal Health Services, Inc., Derivative Litigation*, o mais complexo da MAD, contendo 75 páginas, pode ser tido como paradigmático no que diz respeito aos meios de prova. Conclui-se isso porque utiliza-se de prova emprestada de outros processos cíveis e criminais, os quais indicavam que, por causa da má conduta da empresa, ela estava perdendo valor econômico. Além disso, porque há a aplicação da média de negociação dos envolvidos e discrepância da média e o negócio do dia do crime, com a realização de uma análise estatística para provar a métrica de negociação propensa ao uso de informação privilegiada, o que foi comprovado na quebra de sigilo telefônico.

O artigo do *Buzzfeed News*, também, utilizado como meio de prova, foi, segundo o voto, responsável por levantar alegações de práticas ilegais e antiéticas na empresa em que o acusado era funcionário. O artigo foi resultado de uma investigação de um ano, durante a qual repórteres do *Buzzfeed* entrevistaram 175 funcionários atuais ou não, incluindo 18 executivos de instalações que gerenciavam as operações diárias. Ademais, a decisão usa quadros explicativos, tabelas e, até mesmo, um sumário, em sua capa, para contextualizar todo o caminho probatório que conduziu à condenação e sua manutenção quando da análise do Tribunal Distrital.

Da síntese defensiva constante nos votos, uma tese é a de que, de qualquer modo, comprar-se-iam as ações, e o fato de lhes terem sido comunicadas informações sensíveis ao preço não teve qualquer influência na sua decisão. Em segundo lugar, percebe-se a reiteração do argumento de que os réus acreditaram em as informações que lhes foram contadas serem de domínio público, ou, pelo menos, amplamente, conhecidas. Do lado acusatório, para contraditar tais teses, menciona-se a análise dos

padrões de negociação antes dos anúncios, os quais costumam apontar o fato de pessoas que não compram ações regularmente, de repente, fazerem grandes movimentos.

No caso 17-643 - *USA vs. Beshey et al.*, revisa-se a decisão distrital do Distrito Norte De Illinois. Entendeu-se pelo acolhimento do pedido do acusado de que as provas seriam insuficientes para a condenação mesmo que estas tenham sido: o testemunho de um réu que, desde o início, declarou-se culpado e o material apreendido com as quebras de sigilo telefônico.

No teor do voto, menciona-se que o governo deve fornecer uma divulgação por escrito da natureza das evidências, incluindo uma descrição geral do(s) ato(s) e as datas, locais e pessoas envolvidas, e uma declaração da(s) questão(ões) na(s) qual(is) acredita que a evidência é relevante e admissível. Também, deve produzir quaisquer documentos que contenham, ou constituam evidência de quaisquer outros atos, de maneira objetiva e convincente.

Diante da apresentação dos dados, o Judiciário Criminal brasileiro pode se espelhar nos casos estadunidenses, em matéria de prova?

3. ELEMENTOS DE APLICAÇÃO: COMO A ANÁLISE NOS ESTADOS UNIDOS PODE AUXILIAR NA PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

O Direito Penal Econômico não é um objeto que possa ser enfrentado de maneira afastada das paixões⁵⁹. Assim, estudar o que ocorre, de fato, dentro dos Tribunais, saber quais as maiores dificuldades decisórias, sair dos moldes acadêmicos de teorias deslocadas da prática, inserir-se na realidade, tudo isso é o papel das pesquisas, especificamente, em matérias de aspectos tão sensíveis como a simetria informacional no mercado de capitais.

A ampla informação é o meio de alcançar a eficiência informacional, expressa na velocidade e na exatidão de reflexo nos preços a

⁵⁹ PEDRAZZI, Cesare. Problema di tecnica legislativa. In: *Diritto penale*; III: Scritti di diritto penale dell' economia. Milano: Istituto di Diritto Penale e Processuale Penale/Giuffrè, 2003. p. 129-156.

partir de cada divulgação⁶⁰. Para que se assegure concorrência perfeita, é nuclear viabilizar a ampla informação e conhecimento de mercado por parte dos agentes, ou seja, todos os atores envolvidos nas relações tendo completo conhecimento das condições de mercado, com plena paridade de informações⁶¹.

Baseando-se no modelo de Ohlson⁶², Girão, Martins e Paulo⁶³ investigaram a influência da assimetria de informação na avaliação de empresas. Tiveram como hipótese que haveria uma valorização das empresas quando se verificavam boas práticas de governança corporativa para reduzir as assimetrias de informações. A partir dos preços de 198 ações listadas na Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros de São Paulo (BM&FBovespa), durante os quatro trimestres do ano de 2011, o estudo foi realizado por meio da equação⁶⁴:

$$pit = \beta_0 + \beta_1 y_{it} + \beta_2 x_{it} + \beta_3 A_{it} + \beta_4 \phi_{it} + \epsilon_{it}$$

Nela, p é o valor de mercado da companhia i no tempo t ; y é o patrimônio líquido da companhia i no tempo t ; x é o lucro anormal

⁶⁰ GILSON, Ronald J.; KRAAKMAN, Reinier H. The Mechanisms of Market Efficiency Twenty Years Later: The Hindsight Bias. *Stanford Law & Economics. Working Paper*, n. 240, 2013.

⁶¹ GUESTRIN, Sergio G. *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho: de las fallas del mercado al sistema jurídico. [s.l.]*: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

⁶² Os autores afirmam que a escolha do modelo ocorreu pelo fato de ele já ter sido testado no mercado brasileiro de capitais e por possibilitar a inclusão da assimetria de informação, que impacta a avaliação das empresas. O processo de avaliação das empresas consiste em alcançar seu valor justo de mercado, ou seja, aquele que representa, de modo equilibrado, o potencial econômico de determinada companhia, valor potencial de um negócio em função de sua expectativa de geração de resultados futuros. (GIRÃO; MARTINS; PAULO, 2014).

⁶³ GIRÃO, Luiz Felipe de Araújo Pontes; MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. Avaliação de empresas e probabilidade de negociação com informação privilegiada no mercado brasileiro de capitais. *Revista de Administração (São Paulo)*, v. 49, n. 3, p. 462, 2014.

⁶⁴ GIRÃO, Luiz Felipe de Araújo Pontes; MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. Avaliação de empresas e probabilidade de negociação com informação privilegiada no mercado brasileiro de capitais. *Revista de Administração (São Paulo)*, v. 49, n. 3, p. 462, 2014.

da companhia i no tempo t ; AI são as variáveis que capturam parte das outras informações (PIN ou α) da companhia i no tempo t ; ϕ é o novo vetor de outras informações, visto que a AI não representa todas as outras informações; ε é o termo de erro da regressão; e α_{1234} são os parâmetros do modelo⁶⁵.

Os autores⁶⁶ chegaram aos resultados de que, no período amostral escolhido, o maior PIN ⁶⁷ para uma ação foi de 67,4%, o que sugeriu que a maior parte dos negócios realizados envolvendo aquela ação foram baseados em informação privilegiada. Isso influenciou de maneira negativa no valor mercantil para a companhia emitente.

Tal percentual indica, por si só, a necessidade de um olhar mais demorado quando da repressão e apuração dos fatos que envolvem a matéria informacional nos mercados. Somando-se a isso, como indicativo de importância equivalente, tem-se que o legislador, ao criminalizar a conduta, assim o fez visando à punição de todos aqueles que agem em desconformidade com as regras do jogo de investimento.

Atestar, em mais de 20 anos desde a criminalização da conduta, que há notícia de somente oito casos⁶⁸ criminais com, pelo menos, denúncia aceita, é um convite à reflexão sobre o que está impedindo a persecução penal. Um estudo⁶⁹ nas Varas Federais do estado do Rio de Janeiro percebeu que não há uma seletividade por parte do Órgão

⁶⁵ GIRÃO, Luiz Felipe de Araújo Pontes; MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. Avaliação de empresas e probabilidade de negociação com informação privilegiada no mercado brasileiro de capitais. *Revista de Administração (São Paulo)*, v. 49, n. 3, p. 462, 2014.

⁶⁶ GIRÃO, Luiz Felipe de Araújo Pontes; MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. Avaliação de empresas e probabilidade de negociação com informação privilegiada no mercado brasileiro de capitais. *Revista de Administração (São Paulo)*, v. 49, n. 3, p. 462, 2014.

⁶⁷ Para chegar aos resultados do PIN , os autores utilizaram a seguinte equação: $PIN = \mu / (\mu + eb + \varepsilon)$.

⁶⁸ PRADO, Viviane Muller; RACHMAN Nora; VILELA, Renato. *Insider trading: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil*. Coleção acadêmica livre. São Paulo: FGV Direito SP, 2019, p. 8.

⁶⁹ AMARAL, Thiago Bottino do; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: AMARAL, Thiago Bottino do; MALAN, Diogo. *Direito Penal e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 147-175.

Administrativo, a Comissão de Valores Mobiliários, pois a taxa de comunicação ao Ministério Público Federal é bastante alta (83% dos casos). Por outro lado, verificou-se que a efetiva utilização dessas comunicações para deflagrar instaurações de inquéritos criminais é baixa (26,7%). Os motivos são uma incógnita.

Este trabalho não se dedica a confabulações; limita-se a indicar um fator que pode ser aprimorado em observância aos dados coletados nos EUA. Um fortalecimento e sofisticação do meio de prova pode auxiliar no convencimento do juiz, que é fim último da prova.

A prova é um instrumento por meio do qual a convicção do julgador a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos irá traçar a comunicação necessária entre o apresentado nos autos do processo e o ocorrido no dia do evento. Portanto a prova possui objeto, finalidade e destinatário, o que significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo, uma reconstrução afirmativa⁷⁰.

A construção argumentativa, com base documental ou narrativa – a partir de depoimentos –, do fato ocorrido, é uma verdadeira maneira de transmitir-se uma experiência⁷¹, uma partícula do passado, em uma retrospectão, nunca, perfeita, somente uma tentativa de reconstrução do que já aconteceu.

Conforme Badaró⁷², sendo o processo um mecanismo cognitivo, é necessário que as “atividades processuais voltadas a investigação, admissão, produção, valoração da prova e a própria decisão final sejam, na máxima medida possível, voltadas para a descoberta da verdade”.

Marcellus Polastri Lima pontua ao menos três princípios processuais penais que norteiam a prova, quais sejam: a) o princípio da investigação, cuja orientação é embasada na ideia de que o juiz só

⁷⁰ ÁVILA, Bruna Furini Lazaretti; AMARAL, Mariana Moreno do. Do campo das falsas memórias às falsas memórias. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 5, n. 3, p. 93-117, 2018.

⁷¹ ÁVILA, Bruna Furini Lazaretti; AMARAL, Mariana Moreno do. Do campo das falsas memórias às falsas memórias. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 5, n. 3, p. 93-117, 2018.

⁷² BADARÓ, Gustavo H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, Editorial Dossiê, p. 43-80, jan./abr. 2018..Para se aos resultados do PIN:e. Sugiro rever.

poderá formular a sua decisão mediante as provas e os fatos alegados e produzidos pelas partes; b) o princípio da livre apreciação da prova, o qual aponta para uma discricionariedade por parte do julgador, mas não esquecendo a necessidade de uma motivação fundamentada; c) o princípio *in dubio pro reo*, já, amplamente, conhecido, o qual inclina para a preferência do ordenamento pátrio pela absolvição em caso de dúvida acerca dos fatos⁷³.

Provas podem ser classificadas como repetíveis ou irrepetíveis. As primeiras são aquelas que não têm vinculação com a prova técnica e a antecipada e podem ser consultadas por diversas vezes sem que sejam maculadas, ou tragam danos às versões do processo. As irrepetíveis, em seu tempo, são classificadas em função da impossibilidade de serem realizadas novamente⁷⁴.

O tom que se assume ao falar-se de processo penal é, antes de tudo, uma atividade recognitiva, em um retrospecto, pois só as pessoas envolvidas no fato possuem o conhecimento sobre o que, realmente, aconteceu. Deve ser reproduzido o conhecimento guardado em sua mente. Conhecimento esse que, por vezes, pode ser maculado, acrescentando previsões para o futuro ou juízos de valor, falseado pela própria memória, fato este que deve ser levado em consideração.

O convencimento do julgador quanto à materialidade, autoria e dolo é um objetivo central para a obtenção de um resultado processual positivo. Isso é um dado de realidade inafastável e inerente ao jogo processual, que deve ser considerado. A decisão do juiz precisa se pautar em critérios racionais e objetivos, o que só é possível a partir de uma conexão instrumental com a realidade, ou seja, a decisão do juiz apenas é controlável se for aceito que ela deve ser a descrição mais provável dos fatos imputados (ou além da dúvida razoável para a condenação penal)⁷⁵.

⁷³ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁷⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁷⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 27-30.

Da análise dos casos, especialmente, no trecho citado no 18-31299 - *USA v. Tinghui Xie*, percebe-se que há seis elementos necessários para condenar um acusado por uso de informação privilegiada: (1) réu ter divulgado informações não públicas para outra pessoa; (2) a divulgação ter sido feita para fins pessoais, em violação do dever fiduciário do réu como um *insider* corporativo; (3) o réu ter antecipado que a outra pessoa negociaria com base nas informações; (4) a outra pessoa ter negociado ilegalmente; (5) o réu ter agido com conhecimento de causa, intencionalmente e com a intenção de fraudar; e (6) o esquema de *insider trading* ter envolvido o uso de alguma instrumentalidade de interestadual de comércio apta a auferir vantagem. Isso auxilia, sem dúvidas, na delimitação das acusações e das próprias formulações acusatórias e defensivas.

As decisões da unidade de análise mostraram-se minuciosas quanto à comprovação de materialidade, autoria e dolo. Materialidade tanto do delito como da possibilidade de a informação influenciar, ou ter o poder de influenciar, de fato, a decisão de investidores. Autoria quando da comprovação de que aquele indivíduo foi o sujeito envolvido na atividade criminosa. Dolo quando o réu agiu com conhecimento de causa, intencionalmente e com a intenção de fraudar.

A investigação apresentada, por conseguinte, conseguiu constatar que replicar os meios de provas constantes em processos criminais nos EUA não é uma ampliação punitiva ou uma importação de sistema distinto sem o devido cuidado com a diferenciação peculiar do *common law* e do *civil law*. Trata-se da análise e constatação de que provas, como: quebra de sigilo telefônico; confissão; testemunhos; prova emprestada; comunicação com sindicatos; análise estatística; artigos de jornais e conclusões do Comitê de Auditoria da própria empresa, são, plenamente, possíveis de serem levantadas e construídas pelo Judiciário criminal brasileiro.

Assim, as decisões político-criminais devem ser remodeladas para incluir na discussão as novas nuances que são pertencentes ao Direito Penal Econômico, as quais não só estão inseridas no campo da dogmática, mas, também, comportam facetas empíricas caso se pretenda ter uma discussão séria. O trabalho não intenta lançar fórmulas milagrosas ou atalhos punitivistas imediatos para que, enfim, haja a persecução penal nos crimes de *insider trading*.

O que se propõe é uma análise crítica sobre a necessidade de aprimoramento e renovação desde a interpretação do tipo penal até na análise probatória. As perguntas não devem mais ser sobre a necessidade da punição, mas sobre como conduzir um processo de acordo com as regras do processo penal estabelecido em lei.

Perante todo o apresentado, em arremate das ideias, aqui, esboçadas, apresentam-se as seguintes propostas de melhoria, aptas a serem utilizadas pelo aplicador da lei penal quando da investigação em *insider trading*: a) a elaboração de um livro de orientações gerais a respeito da produção de provas; b) planejamento estratégico para a destinação de recursos para concurso público, com a finalidade de se ter um setor específico no Ministério Público Federal para combate a crimes contra o mercado de capitais; c) treinamento especializado aproximando a literatura científica e a prática forense de maneira periódica em todas as regiões, incluindo uma disciplina de produção de provas em crimes de *insider trading* nos cursos de formação de magistrados, conforme anexo IV da Resolução nº 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça, e aprimorar técnicas de interrogatório e entrevistas cognitivas.

Não se pretende solucionar a deficiência de produção de prova nos processos criminais em trâmite no Brasil com tais propostas, mas oferecer uma contribuição consistente para fomentar as mudanças necessárias. A pesquisa é uma atividade contínua que, além da resposta ao problema de pesquisa, proporciona a construção de novas hipóteses que podem servir de base a novas pesquisas posteriores. Assim, essas propostas de intervenção podem ser consideradas como objetos de investigação para novos estudos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Respondendo aos problemas de pesquisa - “Quais os meios de prova usados em casos criminais de *insider trading* nos EUA? Há a possibilidade desses meios de prova serem aplicados nas ações penais brasileiras sobre o tema?” - e a partir da análise realizada pelo artigo, a hipótese inicial da pesquisa foi confirmada. Pode ser verificado que os meios de prova usados em casos criminais de *insider trading* nos EUA - quebra de sigilo telefônico; confissão; testemunhos; prova emprestada;

comunicação com sindicatos; análise estatística; artigos de jornais e conclusões do Comitê de Auditoria da própria empresa - são provas, plenamente, possíveis de serem levantadas e construídas pelo Judiciário criminal brasileiro.

Os objetivos da pesquisa foram atingidos, pois realizaram-se esclarecimentos iniciais e necessários sobre o conceito do uso de informações privilegiadas; investigou-se e demonstrou-se a Metodologia de Análise de Decisões, conjuntamente com a Metodologia de Análise de Conteúdo, como forma de investigação empírica e necessária.

O artigo conseguiu observar, para além dos exemplos de provas os quais podem ser usados, que as decisões da unidade de análise mostraram-se minuciosas quanto à comprovação de materialidade, autoria e dolo. E, da análise dos casos, especialmente, no trecho citado no 18-31299 - *USA v. Tinghui Xie*, percebe-se que há seis elementos necessários para condenar um acusado por uso de informação privilegiada: (1) o réu divulgou informações não públicas para outra pessoa; (2) a divulgação foi feita para fins pessoais, em violação do dever fiduciário do réu como um *insider* corporativo; (3) o réu antecipou que a outra pessoa negociaria com base nas informações; (4) a outra pessoa negociou ilegalmente; (5) o réu agiu com conhecimento de causa, intencionalmente e com a intenção de fraudar; e (6) o esquema de *insider trading* envolveu o uso de alguma instrumentalidade de interestadual de comércio apta a auferir vantagem. Conforme pontuado, isso auxilia na delimitação das acusações e das próprias formulações acusatórias e defensivas.

Desse modo, o artigo especificou quais as provas usadas nos casos criminais de *insider* nos EUA e demonstrou como esses casos podem servir como norte para aplicar a lei penal. Sugeriu, ainda, propostas de melhoria, aptas a serem utilizadas pelo aplicador da lei penal quando da investigação em *insider trading*: a) a elaboração de um livro de orientações gerais a respeito da produção de provas; b) planejamento estratégico para a destinação de recursos para concurso público com a finalidade de ter um setor específico no Ministério Público Federal para combate a crimes contra o mercado de capitais; c) treinamento especializado aproximando a literatura científica e a prática forense de maneira periódica em todas as regiões, incluindo uma disciplina de

Produção de provas em crimes de *insider trading* nos cursos de formação de magistrados, conforme anexo IV da Resolução nº 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça, e aprimorar técnicas de interrogatório e entrevistas cognitivas.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Leonardo. *Crimes contra o Mercado de Capitais*. 2009. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

AMARAL, Thiago Bottino do; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. In: AMARAL, Thiago Bottino do; MALLAN, Diogo. *Direito Penal e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 147-175.

ANDRADE, Mariana Dionísio de. *As determinantes da sobrevivência política: uma análise sobre a duração dos secretários estaduais entre 1990 e 2016*. 2018. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Ciência Política, CFCH, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

ÁVILA, Bruna Furini Lazaretti; AMARAL, Mariana Moreno do. Do campo das falsas memórias às falsas memórias. *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 5, n. 3, p. 93-117, 2018. Disponível em: <<https://reedrevista.org/reed/article/view/279/pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

BADARÓ, Gustavo H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, Editorial Dossiê, p. 43-80, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Para se aos resultados do PIN:e. Sugiरो rever.

BAINBRIDGE, Stephen M. *Research handbook on insider trading*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. Revisão técnica Cibele Saliba Rizek. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

BENY, Laura N. A comparative empirical investigation of agency and market theories of insider trading. *Law & Economics Working Papers Archive*, Michigan, 2004. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=law_econ_archive>. Acesso em: 12 ago. 2022.

CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. *The Oxford handbook of empirical legal research*. New York: Oxford Handbooks in Law, 2010.

CAVERO, Percy Garcia. *Derecho Penal Económico*. Parte General. 2. ed. Grijley: Lima, 2007.

CHARÃO, Anderson Pereira; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A (in)eficiência da punição do insider trading à luz da análise econômica do direito e da jurisprudência da comissão de valores mobiliários. *Economic Analysis of Law Review*, [s.l.], v. 10, n. 1, p. 142-157, 2019. <https://doi.org/10.31501/ealr.v10i1.8770>

COSTA, Isac Silva. High Frequency Trading é uma nova forma de insider trading?. In: PARENTONI, Leonardo; GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza (Orgs.). *Direito, Tecnologia e Inovação*. v. 1. Belo Horizonte: D'Placido, 2018. p. 527-553.

DE GRANDIS, Rodrigo. DE GRANDIS, Rodrigo. Aspectos penais do uso de informação privilegiada (insider trading) no direito brasileiro. In VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theonomiro (Coordenadores). *Direito Penal Económico. Crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.168

EIZIRIK, Nelson *et al.* *Mercado de capitais: regime jurídico*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ENGELEN, Peter-Jan. Criminal Behavior: A real option approach with an application to restricting illegal insider trading. *European Journal of Law and Economics*, v. 17, n. 3, p. 329-352, 2004. Disponível em: <<http://eale2002.phs.uoa.gr/papers/Engelen.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

FERREIRA, Laila Cristina Duarte. *Divulgação de informações no mercado de valores mobiliários brasileiro: a regulação da atividade jornalística*. 2013. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões - MAD. *Universitas Jus*, Brasília, v. 2, n. 21, p. 1-17, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/unijus.v2i0.1206>. Acesso em: 11 ago. 2022.

GIRÃO, Luiz Felipe de Araújo Pontes; MARTINS, Orleans Silva; PAULO, Edilson. Avaliação de empresas e probabilidade de negociação com informação privilegiada no mercado brasileiro de capitais. *Revista de Administração (São Paulo)*, v. 49, n. 3, p. 462, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.5700/rausp1161>. Acesso em: 11 ago. 2022.

GILSON, Ronald J.; KRAAKMAN, Reinier H. The Mechanisms of Market Efficiency Twenty Years Later: The Hindsight Bias. *Stanford Law & Economics. Working Paper*, n. 240, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1299/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GUESTRIN, Sergio G. *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho: de las fallas del mercado al sistema jurídico*. [s.l.]: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. GUERRA, Luis; BOTTINO, Thiago. O crime de uso indevido de informação privilegiada (insider trading): a persistente dificuldade probatória do delito após a edição da Lei 13.506, de 2017. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 13, n. 1, p. 135-150, 2019. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/16005>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Carolline Mayumi. Falsas Memórias no Processo Penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. *Revista Jurídica*, v. 2, n. 59, p. 181-209, 2020.

ISHIKAWA, Lauro; MELLO NETO, Benedicto de Souza. A problemática da autoria delitiva e do bem jurídico protegido no crime de “uso indevido de informação privilegiada” no mercado de Capitais Brasileiro. *Revista Científica Hermes*, v. 16, p. 49-68, 2016. <https://doi.org/10.21710/rch.v16i0.296>

KOZIKOSKI, Anne Carolina Stipp Amador. *Limites da intervenção penal no mercado de valores: análise do uso de informação privilegiada-insider trading*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

KREPS, David M.; WILSON, Robert. Reputation and imperfect information. *Journal of economic theory*, [s.l.], v. 27, n. 2, p. 253-279, 1982. [https://doi.org/10.1016/0022-0531\(82\)90030-8](https://doi.org/10.1016/0022-0531(82)90030-8)

LAGE, Telder Andrade. *O insider trading: o alcance da proibição do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais e a responsabilidade do insider*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) - Faculdade de Direito Milton Campos, Minas Gerais, 2011.

LELAND, Hayne E. Insider Trading: should it be prohibited? *Journal of political economy*, v. 100, n. 4, p. 860, ago. 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2138691>. Acesso em: 10 ago. 2022.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O Objeto de Tutela Penal no Delito de Insider Trading. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 90, p. 137-164, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/2703278/O_objeto_de_tutela_penal_no_delito_de_insider_trading_Uma_análise_cr%C3%ADtica_a_partir_da_dogm%C3%A1tica_penal_contempor%C3%A2nea>. Acesso em: 13 ago. 2022.

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Revista Educação*, Porto Alegre, v. 22, n. 37, p. 7-32, 1999. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4125089/mod_resource/content/1/Roque-Moraes_Analise%20de%20conteudo-1999.pdf. Acesso em: 13 ago. 2022.

MOTA, Fernando de Andrade. *O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PRATAS, Marta Alexandra Fialho. *O insider trading nos mercados financeiros: o papel da informação no funcionamento dos mercados e sua regulação*. 2017. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

PEDRAZZI, Cesare. Problema di tecnica legislativa. In: *Diritto penale*; III: Scritti di diritto penale dell' economia. Milano: Istituto di Diritto Penale e Processuale Penale/Giuffrè, 2003. p. 129-156.

PRADO, Viviane Muller; RACHMAN Nora; VILELA, Renato. *Insider trading: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil*. São Paulo: FGV Direito SP, 2019. Coleção acadêmica livre.

PROENÇA, José M. M. *Insider trading: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANDICK, Harry. Statutory Background. In: SCHULTE, Roth; ZABEL, L. L. P.; DAVIS, Harry (Coords.). *Insider trading. Law and compliance. Answer Book 2011-12*. New York: Practising Law Institute, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson; ARAUJO, Marina Pinhão (Orgs.). *Direito penal econômico: leis penais especiais*. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHIFFEL, Stephan; THIELSCHER, Michael. Representing and reasoning about the rules of general games with imperfect information. *Journal of Artificial Intelligence Research*, [s.l.], v. 49, p. 171-206, 2014. <https://doi.org/10.1613/jair.4115>

TRANFIELD, David; DENYER, David; SMART, Palminder. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. *British journal of management*, v. 14, n. 3, p. 207-222, 2003. Disponível em: <https://www.academia.edu/22505199/Towards_a_Methodology_for_Developing_Evidence_Informed_Management_Knowledge_by_Means_of_Systematic_Review>. Acesso em: 10 ago. 2022.

UNITED STATES. *Code of federal regulations*. Govinfo, [s.l.], 2019. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/app/search/>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, 2020. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201961>

WANG, William K. S.; STEINBERG, Marc I. *Introduction: Insider Trading*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

WARD, Robert. Breach of duty: classical theory. In: SCHULTE, Roth; ZABEL, L. L. P.; DAVIS, Harry (Coords.). *Insider trading*. Law and compliance. Answer Book 2011-12. New York: Practising Law Institute, 2011.

Authorship information

Ives Nahama Gomes. Mestre em Direito Constitucional Público pela Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), com mobilidade acadêmica na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutoranda em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Desenvolve pesquisas e possui publicações nas áreas de Direito Penal, Direito Penal Econômico e Mercado de Capitais. ives-nahama@hotmail.com

Mariana Dionísio de Andrade. Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Professora do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil na UNIFOR, UNI7 e Escola Superior da Magistratura do Ceará (ESMEC). Professora do

Curso de Graduação em Direito na UNIFOR. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Formação em Métodos Quantitativos pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora do Grupo Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (Cnpq/UFPE). Coordenadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (Cnpq/UNIFOR). Pesquisadora Bolsista do Projeto Vulnerabilidades do planejamento governamental na pandemia do COVID-19: análise empírica da racionalidade decisória dos tribunais brasileiros em demandas trabalhistas e assistenciais (FEQ/DPDI UNIFOR). Coordenadora de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão da ESMEC (biênio 2021-2023). Pesquisadora do grupo de estudos Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da ESMEC. mariana.dionisio@unifor.br

Informações adicionais e declaração das autoras

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

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

- *Ives Nahama Gomes:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, final version approval.
- *Mariana Dionísio de Andrade:* validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

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

- Submission: 16/03/2022
- Desk review and plagiarism check:
- Review 1: 29/04/2022
- Review 2: 18/05/2022
- Preliminary editorial decision: 01/09/2022
- Correction round return 1: 08/09/2022
- Transfer to V9N1: 10/11/2022
- Preliminary editorial decision 2: 03/02/2023
- Correction round return 2: 17/02/2023
- Final editorial decision: 06/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GOMES, Ives N.; DONISIO, Mariana. Quais os meios de prova no crime insider trading nos Estados Unidos da América?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 389-425, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.697>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


The judicial assessment of expert evidence in Polish criminal procedure

A valoração judicial da prova pericial no processo penal polonês

Denis Solodov¹

Department of Criminology and Criminalistics,
University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland

denis.solodov@uwm.edu.pl

 <http://orcid.org/0000-0003-2884-9420>

ABSTRACT: In the article, the author addresses the issue of the judicial assessment of expert evidence in Polish criminal proceedings. Over the years, the reliance of the criminal justice system on experts increased dramatically. Nowadays, expert evidence plays a pivotal role in court disputes, directly influencing the outcome of judicial proceedings. Experience, however, shows that erroneous expert reports and flawed testimonies may lead to erroneous judicial decisions inflicting irreparable personal and social harm. Unfortunately, the existing model of forensic expert services in Poland is not prone to manipulations and in its current shape cannot guarantee the reliability of expert evidence. Several procedural and structural solutions have been proposed to enhance the credibility of court-appointed experts over recent years. The author examines their advantages and limitations to identify the ones that are realistic and workable.

KEYWORDS: criminal proceedings; evidence admissibility; expert evidence assessment; expert report and testimony; meta-expert; court scientific advisers.

RESUMO: Neste artigo, aborda-se a questão da valoração judicial da prova pericial no processo penal polonês. Ao longo dos anos, a confiança do sistema de

¹ PhD with a habilitation in law from the University of Warmia and Mazury in Olsztyn (Poland). Assistant Professor at the Department of Criminology and Forensic Sciences of the Faculty of Law and Administration, Poland.

justiça criminal em especialistas aumentou dramaticamente. Atualmente, a prova pericial desempenha um papel fundamental nos processos judiciais, influenciando diretamente o resultado dos casos. A experiência, no entanto, mostra que laudos periciais e depoimentos errôneos podem levar a decisões judiciais equivocadas, causando danos pessoais e sociais irreparáveis. Infelizmente, o modelo existente de serviços periciais forenses na Polônia não é isento a manipulações e, em sua forma atual, não pode garantir a confiabilidade das provas periciais. Diante disso, propõe-se várias soluções processuais e estruturais para aumentar a credibilidade dos peritos nomeados pelo tribunal. Assim, são examinadas as suas vantagens e limitações para identificar aquelas que são realistas e viáveis.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; admissibilidade da prova; valoração de prova pericial; laudo pericial e depoimento; meta-especialista; peritos do tribunal.

1. INTRODUCTION

Expert evidence plays a pivotal role in modern criminal proceedings, often directly influencing the judicial outcome of the case. As an exclusive product of specialist knowledge, expert evidence is impossible to replace with other means of evidence which makes it an indispensable source of the otherwise unavailable information².

The evidential value of the expert's findings directly depends on their accuracy and reliability. Therefore, it is essential to ensure that the findings are based on sound methodology and adhere to established scientific standards. The substantive assessment of the expert's report can be, however, a challenging task for a criminal court trying to reach a decision on highly specialised scientific or technical issues.

It has been proven that erroneous expert reports and flawed testimonies may lead to erroneous judicial decisions inflicting irreparable

² D'ÉIRDRE, Dwyer. *The judicial assessment of expert evidence*. UK, Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 75; SÁNCHEZ, Juan Sebastián Vera. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, no. 1, p. 376-377, 2021.

personal and social harm. Unfortunately, the existing model of court experts in Poland does not offer sufficient safeguards against unreliable and flawed expert evidence. There are no effective control mechanisms in place to govern private experts and forensic service providers. The lack of proper oversight creates a risk of errors and abuses, which in turn undermines the reliability and credibility of expert evidence presented in court. Over recent years, several solutions have been proposed to mitigate the situation, including the legalisation (formalisation) of the so-called meta-experts in criminal proceedings, the introduction of the institution of scientific advisors, obligatory certification, as well as the modification of the experts' enlistment procedure. The motivation for the study stems from the debate over the draft law on court experts that was submitted by the Polish Minister of Justice in 2019, and the practical challenges that its provisions might create in case the draft is approved by the Polish legislature.

The aim of the article is to highlight practical challenges related to the judicial assessment of expert evidence in general and, in particular, in Polish criminal proceedings, and examine the pros and cons of the proposed solutions. The author hypothesizes that in order to minimize the risk of expert-related judicial errors, a system of effective structural and procedural guarantees should be established and properly implemented. The author also theorizes that the abovementioned draft law provides only structural solutions, which by themselves can be insufficient. To effectively address the underlying issues, it is necessary to implement a comprehensive approach that includes both structural and procedural safeguards.

It should be mentioned that the issue of judicial evaluation of expert evidence has been addressed in numerous publications so far. Nonetheless, there is no doubt that the discussion is far from over. The study primarily focuses on Polish legal doctrine and case law. The author believes that the Polish experience could be valuable to the scientific community dealing with such a complex and important topic.

The article starts with a short historical introduction to the issue. Then the author describes the legal status of expert witnesses in the Polish criminal procedure and the current state of the forensic science service in the country. The next section is devoted to the evaluation criteria used by Polish courts in the judicial assessment

of expert evidence. In the discussion section, the author analyzes the merits and demerits of the proposed solutions.

2. EVOLUTION OF THE JUDICIAL APPROACH TO EXPERT EVIDENCE

The unique qualities of expert evidence have placed it at the centre of a long-run scientific debate. An influential German XIX century scholar K. J. Mittermeier wrote that experts should be treated as *judices facti* since the addressees of their reports, i.e., lawyers, generally lack the knowledge and experiences to properly assess the reliability of presented conclusions as well as scientific soundness of the methodology applied by the expert. Expert reports and their testimony should be treated as a special type of evidence that falls outside the court's assessment³. Following this view, a pre-revolution Russian scholar L. E. Vladimirov argued that judges should follow court experts like a blind man following his guide. According to him, lawyers are condemned to be incapable of critical understanding of expert evidence. Their skills, knowledge and experience are insufficient to conclude whether the presented conclusions are scientifically accurate and, therefore, trustworthy⁴. This theory seems to be rooted in the contemporary fascination with the promising new developments in natural sciences and in particular the rise of criminalistics. With time, practising lawyers recognised the complexity of the science behind new types of forensic analysis and became aware of the gap between common and expert knowledge. This gap became even more apparent with the rise of science-based forensic psychiatry – the interface of psychiatry and the law. On one hand, the forensic psychiatrists' opinion regarding the defendant's sanity was directly linked to one of the constitutive elements of the crime – historically, criminal liability required both

³ MITTERMAIER, Carl Josef Anton. *Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren*. Landshud, 1819, p. 57-58; SOLODOV, Denis. *Ocena dowodu naukowego w systemie kryminalistyki rosyjskiej*. Olsztyn-Szczecin: Volumina.pl, 2012, p. 56-57.

⁴ VLADIMIROV, Leonid Evstafyevich. *Uchenie ob ugovolnyh dokazatelstvah*. Tula: Autograf, 2000, p. 224-227.

‘harm and fault’⁵. On the other hand, it was extremely difficult for the judges to assess this type of expert evidence due to the extensive use of specialized hermetic language, the existence of conflicting theories inside the discipline, and the general lack of precision. Nevertheless, in Europe, forensic psychiatrists were increasingly called upon to testify, and judicial judgements were gradually more tuned to their reports. In practice, the reliability of psychiatric assessments was established based on the experts’ public reputation and their ability to persuade laypeople of their diagnosis and prognosis⁶. The concept of court experts being *judices facti* offered an elegant solution to the problem allowing lawyers to overcome inevitable hurdles of the judicial assessment.

Over time, it became evident that court-appointed and especially party-hired experts could make false statements and were not prone to mistakes and biases. It was recognized that science itself was not static, free of conflicting theories and pseudoscientific methodology. In doctrine, increased the awareness that lawyers as the ones responsible for the outcome of the case should give expert evidence careful and comprehensive assessment. E. Locard, one of the pioneers of French “*criminalistique*”, wrote that “the ultimate goal of evidence examination is to produce the inner conviction of the judge, therefore all those who interact with criminal justice and above all judges, should have a suitable technical education that enables a clear and complete assessment of the value of the [expert] evidence”. “The judge has to acquire the ability to understand the technical methods used [by the experts] and evaluate the results, without which his internal belief could only be established based on blind faith”⁷. An Austrian professor of criminal law H. Gross considered expert reports to be the subject of the assessment, emphasizing the necessity of

⁵ VAN DER WOLF, Michiel; VAN MARLE, Hjalmar. Legal Approaches to Criminal Responsibility of Mentally Disordered Offenders in Europe. In: GOETHALS, Kris (ed.). *Forensic Psychiatry and Psychology in Europe. A Cross-Border Study Guide*. Cham, Switzerland: Springer, 2018. p. 35.

⁶ OOSTERHUIS, Harry; LOUGHNAN, Arlie. Madness and Crime: Historical Perspectives on Forensic Psychiatry. *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 37, no. 1, p. 9, 2014.

⁷ LOCARD, Edmond. *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*. Łódź: Sgł. Księgarnia Powszechna, 1937, p. 265.

maintaining a critical attitude towards this type of evidence⁸. Years later, P. Horoszowski, a famous Polish forensic scientist, argued that an expert opinion should be evaluated in the light of all the evidence collected in the case and is not in any form exempt from judicial assessment⁹. Over time, the concept of court experts being *judices facti* came to be seen as a relic of a past era, rather than an indicator of an unsolved practical dilemma.

The so-called Daubert revolution triggered a re-evaluation of many traditional forensic science techniques both in the United States and beyond¹⁰. One of the objectives concerned the role of a judge as a gatekeeper “charged with the responsibility of screening unreliable scientific evidence”¹¹ – an expectation that for lawyers as laypersons was and still is hard to match. The Daubert revolution and the following discussion in European legal doctrine can be seen as a new round in the discussion considering the ways lawyers should assess complex expert evidence.

Privatisation of the forensic science industry in Eastern European countries and the consequent development of an open forensic service

⁸ GROSS, Hans. *Podręcznik dla sędziego śledczego jako system kryminalistyki*. Warszawa: Difin, 2021, p. 187.

⁹ HOROSZOWSKI, Paweł. *Kryminalistyka*. Warszawa: Wydawnictwo PWN, 1958, p. 596.

¹⁰ LOURENCO, Aline A.; SILVA, Erick S. C. Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do Innocence Project, do national registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 1, p. 593, 2001. In Poland, publications on Daubert standard and its implementations in the United States led to the re-evaluation of traditional forensic techniques such as osmological identification (DZIERZANOWSKA, Jolanta; STUDZIŃSKA, Joanna. Kryteria oceny dowodu z opinii biegłego w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. *Roczniki nauk prawnych*, Tom XXV, 2, p. 36, 2015; BEDNAREK, Tomasz. *Dowód osmologiczny: aspekty kryminalistyczne i procesowe*. Warszawa: CLK KGP, 2008, p. 294), dactyloscopy (MOSZCZYŃSKI, Jarosław. Identyfikacja genetyczna – złoty standard czy złoty wyjątek? *Problemy współczesnej kryminalistyki*, Tom XVIII, p. 62-65, 2014), forensic odontology (KASPRZAK, Jerzy. *Odontoscopia kryminalistyczna*. Olsztyn-Szczecin: Volumina.pl, 2011, p. 165-168).

¹¹ GOLAN, Tal. *Laws of Men and Laws of Nature. The history of scientific expert testimony in England and America*. UK: Harvard University Press, 2004, p. 263-264.

market provoked a certain turn in the discussion. Some scholars argued that in practice, the judicial assessment of expert evidence rests on a presumption that this type of evidence is more reliable which puts it in a privileged position. Thus, instead of criticizing the concept of court experts as *judices facti* lawyers need to accept the truth and concentrate on developing effective (legal) mechanisms to prevent and timely expose expert mistakes and false opinions¹². According to J. Kasprzak, judges do not have the competence to question the scientific concepts behind the presented expert report. If the court has doubts regarding the scientific soundness of the expert opinion, it should appoint another expert to re-examine the evidence¹³. An international survey conducted among law enforcement practitioners and forensic scientists led to the conclusion that “minimal burden should be placed on the judiciary to assess the validity of forensic evidence as they do not have the knowledge and should not be responsible for the quality of an expert witness”¹⁴.

Other researchers point to the negative consequences of the exemption of expert evidence from judicial assessment. B. Hołyst, one of the prominent Polish criminologists, concludes that the tendency to see expert reports as a simple and complete solution to the problem regarding the establishment of the constituent elements of a crime is reprehensible¹⁵. According to V. Krajnik, “the uncritical attitude towards expert opinions, the boundless trust of law enforcement authorities, often combined with an effort to pass on a solution to an ever-widening

¹² ROSSINSKIY, Sergey Borisovitch. Expert as a scientific judge: we return to the discussion of a forgotten problem. *Vestnik Sank-Peterburskogo universiteta MVD Rossii*, vol. 202, no. 4(88), p. 137, 2017; KOŁECKI, Hubert. O ograniczonej możliwości sądowej merytorycznej oceny dowodu z techniczno-kryminalistycznej opinii biegłego. In: GERECKA-ŻOŁYŃSKA, Anna; GÓRECKI, Paweł; PALUSZKIEWICZ, Hubert; WILIŃSKI, Piotr (eds.). *Skargowy model procesu karnego*. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi. Warszawa: Wolters Kluwer, 2008. p. 181–197.

¹³ KASPRZAK, Jerzy. Dowód naukowy – dzieje i współczesność. In: HOŁYST, Brunon (ed.). *Do prawdy litość to zbrodnia*. Księga jubileuszowa z okazji 70. Urodzin Profesora Bogusława Sygita. Łódź: Uniwersytet Łódzki, 2018. p. 144.

¹⁴ AIRLIE, Melissa; ROBERTSON, James; KROSCH, Matt N.; BROOKS, Elizabeth. Contemporary issues in forensic science—Worldwide survey results. *Forensic Science International*, 320, 110704, p. 9, 2021.

¹⁵ HOŁYST, Brunon. *Kryminalistyka*. Warszawa: LexisNexis, 2010, p. 432.

range of issues, even those of a legal nature or those for which “common sense” is sufficient, lead to delimitation power function and “an expert process” is created instead of a judicial trial”¹⁶.

The question remains: should lawyers make decisions about expert topics and is it possible for lawyers as laypersons to make a substantive evaluation of expert opinions? It appears that the ever-increasing gap between lawyers’ professional knowledge and expert knowledge might leave no doubts as to the answer. On the other hand, the exemption of expert evidence from judicial assessment poses a danger that erroneous, pseudoscientific expert reports will not be recognized in time to prevent irreparable personal and social harm. The task is to enhance the credibility of court experts in criminal proceedings and establish rational trust in their findings. It can be achieved through a set of procedural and structural measures.

3. EXPERT WITNESSES IN POLISH CRIMINAL PROCEDURE

In Polish criminal procedure, there is a clear distinction between lay witnesses and expert witnesses (experts). The latter is subject to a separate set of legal provisions. Their reports (opinions) and testimonies constitute a separate type of evidence. There is no indication in the law of its superiority over other types of evidence. Nonetheless, in case law, there is an informal ranking of expert evidence based on certain criteria. For example, the opinions of scientific institutions (the so-called institutional experts) over-weights the opinions of individual experts based on an assumption that institutional experts usually have better and more reliable equipment as well as more qualified personnel¹⁷.

¹⁶ KRAJNIK, Vaclav. Criticism of the practice of obtaining and usage of expert evidence. In: MALEWSKI, Henryk; MATULIENĖ, Snieguole; JUOD-KAITĖ-GRANSKIENĖ, Gabriele (eds.). *Kriminalistikos teorijos plėtra ir teismo ekspertologijos ateitis: kolektyvinė monografija*. Liber Amicorum Profesorium Vidmantui Egėdijui Kurapkai. Vilnius: Lietuvos kriminalistų draugija, Mykolo Romerio universitetas, 2022. p. 334.

¹⁷ JUDGEMENT of the Supreme Court of 13 January 2022, case number: II USK 374/21, LEX nr 3359122.

According to Article 193 of the Polish Code of Criminal Procedure of 1997¹⁸ (CCP), an expert witness (expert) is a person appointed by a court¹⁹ to conduct an examination which requires specialized knowledge and experience in a given field of science, art or craft. The necessity of such an examination born out of the circumstances of the case in question transforms the court's right to appoint an expert to the court's direct obligation to do so. The non-meeting of such an obligation may lead to a partial or full annulment of the court's final decision²⁰. In certain situations, courts are considered to be bound by the experts' findings²¹.

There are two types of court experts in Poland: enlisted experts and *ad hoc* experts. Enlisted experts can be found on the lists of court experts compiled by the presidents of the district courts²². These lists contain the experts' names alongside their addresses and respective (declared) specialities. Non-listed, *ad hoc* experts are usually appointed in cases where there is a need to conduct a relatively rare type of examination and (or) there are no available enlisted experts with the required set of skills and knowledge. If looking for an expert in a given field, the court may also contact a scientific or other specialized institution. Such institutions include the Police Central Forensic Laboratory and its regional affiliates as well as the Cracow Institute of Forensic Research and the forensic departments of Polish high schools and universities.

It should be mentioned that the case party cannot review the court's decision on the appointment of the expert without appealing the whole judgement. The parties may though seek to recuse the appointed expert, but only for certain narrow reasons such as the candidate's

¹⁸ Consolidated text has been published in the *Polish Journal of Law*, position 1375, 2022.

¹⁹ The same rule applies to the stage of preliminary investigation. During that stage, experts can be appointed exclusively by the criminal investigators handling the case.

²⁰ JUDGEMENT of the Supreme Court of 9 September 2021, case number: II USK 255/21, LEX nr 3404187.

²¹ JUDGEMENT of the district court in Łódź of 18 November 2022, case number: VIII U 1494/21, LEX nr 3440672.

²² There are 45 district courts in Poland maintaining 45 separate lists of court experts.

connection to the case undermining his objectivity. The parties may propose their candidates though the court is not in any form obliged to accept such propositions or even provide written justification for the decision to deny them.

Regardless of whether the expert report has been prepared by an enlisted expert or an unlisted *ad hoc* expert, it should be assessed in the same way without prioritising one type of expert over another²³. This rule, however, does not apply to the private experts hired by one of the parties even if such an expert has been enlisted or participated as a court-appointed expert in other criminal cases.

It is worth noting that the law on criminal procedure does not explicitly exclude party-hired experts' reports and testimony from possible evidence sources. For example, the defence can obtain the opinion drafted by a private expert and request its submission to the case materials. Nonetheless, the case law and legal doctrine prevail that such a report or testimony cannot be treated as a self-sufficient form of evidence. Instead, it provides information about a possible source of evidence²⁴. The reason is formal and has nothing to do with the competence or skills of party-hired experts. Since such experts are not being appointed by the court, they are not regarded as experts in light of Article 193 CCP. In addition, it is often argued that privately hired experts are financially dependent on the hiring party which will inevitably interfere with their objectivity undermining the reliability of their reports and testimonies²⁵.

It is worth mentioning that the 2014-2015 reform of the Polish criminal procedure aimed at introducing several elements of the adversarial model, which includes facilitating the use of the opinions of privately hired experts. Following the 2015 parliamentary elections, the political situation in the country changed, and the reform was largely reversed. However, some of the changes remain. The amended Article 393 par. 3 CCP allows

²³ WITKOWSKA, Krystyna. Biegły w postępowaniu karnym. *Prokuratura i Prawo*, no. 1, p. 79-81, 2013.

²⁴ KMIECIK, Romuald. „Dowód prywatny” i tzw. zasada swobody dowodzenia w postępowaniu karnym. *Prokuratura i Prawo*, 2, p. 43, 2013.

²⁵ LIDÉN, Moa, & DROR, Itiel. Expert Reliability in Legal Proceedings: “Eeny, Meeny, Miny, Moe, With Which Expert Should We Go?” *Science & Justice*, 61(1), p. 37, 2001.

for the introduction into the proceedings of private documents collected directly for the purposes of criminal procedure. This means that formally, the defence can present an opinion of a privately hired expert during a court trial, which was problematic before. However, considering Article 193 CCP, the legal status of such an opinion is unclear. In legal doctrine, it is argued that opinions from privately hired experts are not equal to the opinions of court-appointed experts covered by Article 193 of the Code of Criminal Procedure and other relevant provisions. This makes privately hired experts problematic as sources of evidence²⁶. Although a private expert's report can be read during the court proceedings, due to the lack of clear legal status, it cannot be recognized as a part of the case materials and the subject of judicial assessment similar to the opinions of the court-appointed experts²⁷.

The main form of expert evidence is an oral or written report (an opinion). Written expert reports are subject to a set of dedicated legal provisions. According to Art. 200 CCP, such a report should contain:

1. expert's name and surname, scientific degree, speciality and current professional position;
2. data of other persons who participated in the expert examination as well as the form of their participation;
3. in the case of institutional opinion – the full name of the institution;
4. date and duration of the expert examination;

²⁶ BŁOŃSKI, Michał. Znaczenie opinii prywatnej w realizacji prawa do obrony. In: GRZEGORCZYK, Tomasz; IZYDORCZYK, Jacek; OLSZEWSKI, Radosław (eds.). *Z problematyki funkcji procesu karnego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013. p. 359; BOJAŃCZYK, Antoni. *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011. p. 475; KMIECIK, Romuald. Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego. *Prokuratura i Prawo*, 1-2, p. 11-12, 2015.

²⁷ KARAŻNIEWICZ, Justyna. Opinia prywatna jako kategoria dowodu prywatnego i jej znaczenie w postępowaniu karnym – uwagi na tle ostatnich nowelizacji Kodeksu postępowania karnego. In: MOSZCZYŃSKI, Jarosław; SOLODOV, Denis; SOŁTYSZEWSKI, Ireneusz (eds.). *Przestępczość. Dowody. Prawo*. Księga Jubileuszowa Prof. Bronisława Młodziejewskiego. Olsztyn: Wydawnictwo UWM w Olsztynie, 2016. p. 516-517; KUSAK, Michał. 8.4. „Opinia prywatna”. In: HOFMAŃSKI, Piotr (ed.). *System prawa karnego procesowego*. Tom VIII, Part 4. Dowody. Warszawa: LexisNexis, 2019. p. 5079-5080.

5. the description of the conducted expert examination, observations and findings;
6. signatures of all the experts who participated in the examination.

For comparison, reports drafted by privately hired experts are not in any way formalised. Usually, they are modelled upon the reports of court experts though it will not change their undefined legal status.

An important moment is the fact that court-appointed experts are provided with access to all case materials as well as the reports and testimonies of previously appointed court experts (possibly with the court's special permission). On the other hand, party-hired experts do not have legal access to the case materials which may significantly limit their capabilities. Many types of forensic examinations, such as forensic drug examination, handwriting examination, firearms forensics, digital forensics etc., may require direct access to physical evidence. The defence is allowed to acquaint itself with the indictment and supporting evidence at the end of the preliminary investigation as well as at any moment during court hearings. Nonetheless, it does not apply to physical evidence which the defence may see only in photographs or as a description in procedural documents.

The law allows for interviewing the court-appointed expert but only in the context of the delivered report or previous testimony. During the hearings, parties have a right to ask questions. Nonetheless, the law does not provide for the participation of private experts as assistance during the interview. They could neither ask questions themselves nor they could assist in formulating the questions – a fact which significantly limits the capabilities of the defence considering the use of scientific evidence.

If the opinion of the court-appointed expert is incomplete or unclear, contains contradictions in itself, or there is a contradictory opinion on the same matter, the court may appoint the same or other experts to conduct new examinations. As an alternative, some researchers suggest the so-called procedural confrontation – a synchronic court interview of the experts who have formed contradictory opinions. During the hearings, the experts can formulate questions for each other although it is not clear whether the subject of the confrontation should be the contradictory

opinions or the experts themselves²⁸. Plus, the confrontation is possible only between court-appointed experts, automatically eliminating private experts. The lack of precise legal provisions and the problems related to the judicial assessment of the results of such confrontations explain why not so many of them are conducted.

4. FORENSIC SCIENCE SERVICE INDUSTRY IN POLAND

Formally, court-appointed experts should be treated in the same way without prioritising any of them based on the fact of their enlistment or affiliation. In practice, however, Polish courts tend to put more trust in the opinions and testimonies of enlisted court experts.

The enlistment procedure is based upon the decree of the Ministry of Justice of 2005 on court experts²⁹. The lists of court experts are maintained by the presidents of the district courts – there are 45 of them in Poland. Candidates should be Polish citizens of at least 25 years old and possess relevant knowledge and experience. The enlistment is based solely on the documentation provided by a candidate. There is no obligatory test of professional competence in any form. It is not even required to document the possession of specialized equipment providing information on its location, calibration, or quality assurance.

The lists of court experts should be revised every 5 years, but once enlisted experts are not required to confirm their competence and readiness to serve as court experts. It means that enlisted experts could remain on the lists practically for an indefinite time. The decree provides for the termination and the exclusion of enlisted experts, among others in the case of malpractice or inability to carry on expert duties. In practice, however, such cases are extremely rare due to the lack of effective controlling mechanisms.

In 2015, the national revision body – *Najwyższa Izba Kontroli* - published a report on the state of the forensic science service industry in

²⁸ GRUZA, Ewa. Kilka refleksji na temat konfrontacji biegłych. *Problemy współczesnej kryminalistyki*, Tom XII, p. 139, 2008.

²⁹ *Journal of Law*, 15, 2005, positions 132-133.

the country³⁰. In the document, a few major defects of the current system were highlighted. It was found that there were several dead experts on the lists. Some of the enlisted experts stopped working long ago because of age or illnesses. On the lists, there were “experts” who had obtained professional diplomas years ago and since then did not receive additional training. Some candidates didn’t even have specialized equipment to conduct declared types of forensic analysis. It was found that enlisted experts often “transfer” the entrusted examinations to private entities and then sign the findings without conducting the analysis themselves. Some specialized institutions appointed by the courts as institutional experts were routinely subletting the examinations to unlisted specialists who were paid only a part of the received fees. The controlling body noted that expert malpractice did not necessarily lead to exclusion from the list or immediate termination. Organizational chaos and lack of information exchange between district courts allowed some of the excluded experts to successfully re-submit their documents to another district court, thus re-establishing their professional status. The controlling body found that courts and law enforcement authorities preferred experts who promised speedy examinations for a lower price, which led to the situation where unqualified, unequipped and inexperienced “experts” were prioritised over more experienced and knowledgeable specialists. Some of the “experts” were able to conduct hundreds of examinations in inadequately short periods and were suspected of falsifying their reports (an unlawful practice known as *dry-labbing*³¹).

On the other hand, the controlling body noted the lack of relevant legal provisions concerning unlisted experts which is still relevant today. The private forensic market in Poland was and still is self-regulated. There is a large number of self-declared “experts” and expert service institutions offering compatible prices and promising speedy examinations. Their clients – courts and criminal investigators – are often deterred by the prices and the queues in governmental forensic laboratories.

³⁰ NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI. *Informacja o wynikach kontroli. Funkcjonowanie biegłych w wymiarze sprawiedliwości*, 2015. Available at: <<https://www.nik.gov.pl/plik/id,9608,vp,11856.pdf>>. Access on: December 22, 2022.

³¹ SOLODOV, Ilia. *Etyka biegłego w procesie karnym*. Łomża: Stopka, 2017, p. 176-177.

Regularly, such individuals and institutions do not have specialized equipment or permanently employed qualified personnel. Many of them are subletting the entrusted examinations which creates a situation where case materials and collected physical evidence end up in the possession of people unknown to the court or criminal investigators. It is oftentimes the case with digital forensics and forensic genetics where the costs of the equipment and dedicated software can easily outweigh the profits from court appointments.

Another issue is the lack of proper organization within the expert community. There are only a few non-profit organizations connecting experts from different fields of study which have codes of professional ethics. In other countries, such associations play an essential role in maintaining a diligent level of professionalism and professional responsibility among court experts, but not in Poland. As a result, the information about potential ethical violations committed by the court-appointed experts often does not reach the light triggering an appropriate response from the respective authorities. The lack of proper professional organization may be also responsible for the lack of unified and standardized expert methodology in the case of a private forensic service market. The existing professional associations do not usually publish internal best practices, overviews of equipment or descriptions of the methods applied. So far, there have been several cases where court-appointed private experts applied questionable or unreliable examination techniques³².

To summarise, the existing system is not prone to unethical or even unlawful practices. The abovementioned shortcomings seriously undermine its reliability in terms of providing any reassurances as to the trustworthiness of both enlisted and unlisted court experts. To address the issue, a draft law on court experts published in 2019 introduces a few structural changes, among others:

³² FUNDACJA EUROPEJSKIE CENTRUM INICJATYW W NAUKACH SĄDOWYCH. *Błędy w opiniach biegłych a pomyłki sądowe. Możliwości i sposoby naprawy*. Available at: <http://www.forensicwatch.pl/web/pliki/baza-wiedzy/Opracowania/B%20e%20A8dy%20w%20opiniach%20bieg%20ych%20a%20pomy%20ki%20sa%20CC%A8dowe.pdf>. Access on: December 22, 2022.

1. the introduction of a national unified database of court experts maintained by the chief of the Cracow Institute of Forensic Research (the Institute);
2. the introduction of the rule that only the experts included in the database could be appointed as court experts;
3. obligatory certification of enlisted court experts with the 5-year paid certificates of competence granted, suspended or withdrawn by the chief of the Institute;
4. changes concerning the requirements that the candidates for the experts should meet – at least 5-year relevant professional experience and age restrictions (the candidate shall be at least 25 years old and no older than 70 years, shall not be previously prosecuted or sentenced for criminal offences);
5. the possibility of certificate termination in the case of the enlisted expert committing a criminal offence, violating the conditions of the certificate or delivering a false report or testimony³³.

The draft law has been strongly criticized by the Polish scientific community and practitioners. It is argued that the Institute is one of the many existing forensic service providers in the country. Some of them have even longer scientific traditions and established reputations. There have been also concerns that the Institute could misuse its authority to eliminate or significantly limit the competition in the national forensic service market. In addition, it is unclear how the institute will get on with the task of certifying thousands of experts including the active ones without creating a national shortage and paralysing the system of justice³⁴. Currently, there is no information on further legislative work on the draft law.

³³ MINISTER SPRAWIEDLIWOŚCI. *Projekt ustawy o biegłych*. Available at: <https://kryminalistyka.pl/wp-content/uploads/2015/11/ustawa_o_bieglych_11_2014.pdf>. Access on: December 22, 2022.

³⁴ ROJEK-SOCHA, Patrycja. *Biegli w garści Instytutu Ekspertyz Sądowych*. Available at: <<https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/projekt-ustawy-o-bieglych-instytut-ekspertyz-sadowych,354101.html>>. Access on: December 22, 2022; POLSKIE TOWARZYSTWO KRYMINALISTYCZNE. *Stanowisko PTK*. Available at: <https://kryminalistyka.pl/wp-content/uploads/2015/11/stanowisko_PTK>.

5. CRITERIA OF THE ASSESSMENT OF EXPERT EVIDENCE

There is a lack of pre-established legal criteria regarding the assessment of expert evidence by courts. It means that Polish courts are expected to follow a general rule of evidence assessment provided for by Article 7 CCP which says that “courts shall make their judgements based on their conviction, which shall be founded upon evidence taken and appraised at their own discretion, with due consideration to the principles of sound reasoning and personal experience”.

It is evident though that the assessment of expert evidence may create some challenges that cannot be effectively tackled by employing the principles of sound reasoning or personal experiences. Expert evidence extends beyond the standard of assessment specified in Article 7 CCP³⁵. Therefore, Polish criminal courts have adopted an open set of dedicated criteria over time. A comprehensive analysis of the case law conducted by J. Dzierżanowska and J. Studzińska sheds some light on the reasoning of the Polish judiciary. According to the authors, there have been several judgements where the courts – Polish appellate courts and the Supreme Court - provided some useful insights, such as follows:

1. while assessing an expert report one should check whether the expert has the special knowledge which is necessary to determine the circumstances that have a significant impact on the outcome of the case;
2. verification of whether the expert report is logical;
3. check whether the report is complete, clear and not in conflict with other opinions disclosed in the course of the process;

pdf>. Access on: December 22, 2022; WIDŁA, Tadeusz. *Uwagi do projektu ustawy o biegłych*. Available at: <https://kryminalistyka.pl/wp-content/uploads/2015/11/Uwagi_do_nowego_projektu_prof_T_WIDLTY.pdf>. Access on: December 22, 2022.

³⁵ GRUZA, Ewa; GOC, Mieczysław; MOSZCZYŃSKI, Jarosław. *Kryminalistyka, czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw*. Zagadnienia prawne. Warszawa: C.H. Beck, 2020, p. 84-85.

4. while evaluating a new and unverified forensic method it is necessary that the proof be conducted from the methodological point of view in an irreproachable manner;
5. verification of the completeness of the expert report, completeness of the materials that are its foundation, the accuracy of the test and reasoning methods used;
6. check whether the justification of the report is formulated in an accessible and understandable way;
7. conclusions resulting from the examination should, in principle, be firm and clear;
8. the adjudicating court should be guided by uniformity and universality of the test method and certainty of the results of the research and the organization preparing the report should be certified;
9. the expert report should be evaluated by the court according to the substantive correctness of the statements the report contained³⁶.

In the newest case law, there has been an opinion that the substantive sphere of the expert report is controlled by the court, which has no specialised knowledge, only in terms of compliance with the principles of logical thinking, personal experience and common knowledge. Therefore, the court's reference to these assessment criteria constitutes sufficient and proper justification of the reasons for recognizing the expert's opinion as convincing³⁷. This proves the lack of a unified approach among Polish judges concerning the issue of expert evidence assessment. It is also worth mentioning that most of the abovementioned assessment criteria require a certain level of training and knowledge to make an accurate judgement. Without such knowledge or qualified assistance, judges cannot make informed choices.

³⁶ DZIERŻANOWSKA, Joanna; STUDZIŃSKA, Joanna. Assessment of expert evidence in Polish court proceedings in comparison to other European countries. *Problems of Forensic Sciences*, vol. 106, p. 458, 2016.

³⁷ Judgement of the court of appeal in Poznan of 18 March 2022, case number: I AGa 118/21, LEX nr 3346786.

6. DISCUSSION

Forensic experts provide scientific and professional data on a specific content area that the participants of criminal proceedings – judges, prosecutors, and defence attorneys – are not familiar with. Their opinions and testimonies are expected to be based on a unified, standardized methodology compatible with the current state of scientific knowledge³⁸. The problem is that most lawyers are only vaguely aware of the current state of science or its particular fields. Although they could follow the internal logic of the expert report and assess the presented findings in light of other available evidence, their assessment is limited³⁹. In practice, criminal courts tend to attach greater importance to the expert's professional reputation, affiliation or other strictly external factors such as enlistment, specific or special education, and certification. These are undoubtedly important criteria, but they might not be so helpful in identifying erroneous expert reports and faulty testimonies. An efficient system of structural and procedural guarantees should be set up to address the issue.

In the case of Poland, one of the proposed solutions is the admission of the opinions of party-hired experts as legally equal to the opinions of the court-appointed experts. Their current unclear legal status serves as a major disincentive for defence lawyers. By rejecting the reports and testimonies of private experts for formal reasons, Polish courts not only deepen a dangerous imbalance between the court parties but also increase their heavy dependency on court-appointed experts. When considering the possibility that a private expert may be biased due to being paid by one of the parties in a case, it should be noted that court-appointed experts are also not immune to bias. In particular, police experts may be suspected of being unobjective and serving the interests of the prosecution⁴⁰. In addition, it is important to notice that court-appointed

³⁸ AREH, Igor; VERKAMPT, Fanny; ALLAN, Alfred. Critical review of the use of the Rorschach in European courts. *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 29, no.2, p. 183-184, 2022.

³⁹ D'EIRDRE, Dwyer. *The judicial assessment of expert evidence*, p. 131.

⁴⁰ Numerous studies have shown the existence of strong biases in evidence evaluation among law enforcement professionals who are already “pre-equipped”

experts in Poland are not required to mention other scientific methods which lead to different results. Thus, qualified privately hired experts could be an alternative source of otherwise unavailable information.

In the author's opinion, a potential solution to the problem could be the enforcement of strict ethical rules on both governmental and private, enlisted and non-enlisted experts. The existing model of forensic services in Poland allows for avoiding responsibility for unethical professional behaviour. There is a limited number of professional associations which have codes of professional conduct and enforce ethical norms on their members including the requirement of impartiality. Among them is the Polish Forensic Association, which has a detailed code of professional ethics, as well as established internal control procedures. However, there are currently insufficient incentives for private experts to become members of this or any other professional association, which greatly limits the level of control that can be exerted.

The institution of enlistment has been proven to be highly ineffective in terms of maintaining proper control over enlisted experts. As a result, the concerns about the independence and impartiality of party-hired experts in some cases might be justified. In addition, even if private experts were allowed as a source of evidence, it would be very difficult for the court to determine which of the presented opinions was correct. To address the issue, some scholars argue for the introduction of admissibility criteria modelled upon the Daubert standard⁴¹. However, the fact that the Daubert criteria have been subject to a variety of criticisms in the United States and beyond should not be ignored. It is highly questionable whether those criteria would be of any significant help because most Polish judges do not have appropriate training or education in science. Others

with evidence of guilt (METERKO, Vanessa; & COOPER, Glinda. Cognitive Biases in Criminal Case Evaluation: A Review of the Research. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 37, p. 106-107, 2021)..

⁴¹ WÓJCIKIEWICZ, Józef. Metodyka ekspertyzy. In: WÓJCIKIEWICZ, Józef (ed.). *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007. p. 19-22; GIRDWOYŃ, Piotr; TOMASZEWSKI, Tadeusz. Czy potrzebne nowe podejście do badań kryminalistycznych (w Stanach Zjednoczonych i nie tylko). In: MOSZCZYŃSKI, Jarosław; SOLODOV, Denis; SOŁTYSZEWSKI, Ireneusz (eds.). *Przestępczość. Dowody. Prawo*. Księga jubileuszowa prof. Bronisława Młodziejowskiego. Olsztyn: UWM w Olsztynie, 2016. p. 123-124.

propose the legalisation of the so-called meta-opinions, i.e., allowing the so-called meta-experts to testify on the substance of the opinion of another court-appointed expert⁴². Nonetheless, under current regulations, such meta-opinions would have a highly questionable legal status since Polish law on criminal procedure does not allow such practices. In this respect, a more favourable variant can be the introduction of the institution of the so-called scientific advisors whose task would be to help the court to understand complex expert evidence and evaluate the methodology applied by the court-appointed expert. Such an institution currently exists in several European countries, among others in Denmark. Experts-scientific adviser does not substitute the judge in the judicial assessment of expert evidence. Their task is to provide necessary assistance in the case of complex scientific evidence. In the Polish criminal procedure, courts should be allowed to appoint such advisors either from governmental or non-governmental, private experts. To address potential implications, the advisor should be excluded from being later appointed as a court expert in the same case. The task of the adviser should be to provide a scientific explanation of the currently used and commonly accepted methodology as well as consult the court on the scientific soundness of the studies conducted by the experts in the case. The function of the scientific advisers should be narrowed to providing information for competent decision-making. The legalization of the already existing practice of courts using experts for scientific advice will serve the rights of the parties involved in the case. Case participants should have the same procedural rights as they have with court-appointed experts, including the right to demand the exclusion of the proposed candidate.

Considering long-run structural solutions, priority should be given to the development of the lawyers' scientific and technical competence. Criminal lawyers should be educated in basic science and modern forensic techniques. The goal is to help lawyers adopt a critical attitude towards expert evidence and facilitate the process of judicial assessment. The

⁴² WÓJCIKIEWICZ, Józef. *Forensics and Justice. Judicature on scientific evidence 1993-2008*. Toruń: Dom Organizatora, 2009, p. 25-28; WILK, Dariusz. O metaopinii i swobodnej ocenie dowodów w polskim procesie karnym raz jeszcze. Polemika z dr. Józefem Gurgulem. *Prokuratura i Prawo*, no. 1, p. 21-23, 2022.

influential 2009 US National Research Council's (NRC) Report named "judges and lawyers who generally lack the scientific expertise necessary to comprehend and evaluate forensic evidence in an informed manner" as an obstacle to reform. In the final recommendations, the NRC highlighted the need to "support law school administrators and judicial education organizations in establishing continuing legal education programs [in forensic science] for law students, practitioners, and judges"⁴³. In Poland, numerous studies showed that criminal judges consider themselves unprepared when it comes to expert evidence notably of the kind based on new and sophisticated forensic techniques⁴⁴. Characteristic is the fact that in only one out of ten analysed cases, the judge and the parties questioned the competence of the court-appointed expert⁴⁵. Over recent years, the number of lecture hours and classes on forensic sciences in the case of Polish law faculties has been gradually decreasing. Some universities, including the leading ones, made the courses on forensic sciences non-obligatory or even completely withdrew them from the program. As a result, Polish students of law have only fragmental knowledge about forensic examinations, their methodology, and their limitations.

Another available structural solution is the introduction of obligatory certification and standardization of expert methodology preferably by non-governmental professional associations of practising forensic experts. In Poland, these forms of control are already in place in the case of governmental forensic experts. Although the existing system is not ideal, it can ensure the desired repeatability of the results and

⁴³ NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. NCJ Number 228091. Available at: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Access on: December 22, 2022.

⁴⁴ KWIATKOWSKA -WÓJCIKIEWICZ, Violetta; WÓJCIKIEWICZ, Józef. Sędziowie wobec dowodu naukowego. In: KASPRZAK, Jerzy; MŁODZIEJOWSKI, Bronisław (eds.). *Kryminalistyka i inne nauki pomocowe w postępowaniu karnym*. Olsztyn: Print Group, 2009. p. 43-57; SOLODOV, Ilia. *Etyka biegłego w procesie karnym*, p. 149-150

⁴⁵ FUNDACJA EUROPEJSKIE CENTRUM INICJATYW W NAUKACH SĄDOWYCH, Raport: *Biegli w wymiarze sprawiedliwości*. Available at: <<http://forensicwatch.pl/web/index.php?strona=bazawiedzy&kategoria=Raport>>. Access on: December 22, 2022.

allow for the verification of the expert's findings. In the case of private experts, this solution raises many questions and concerns that must be addressed. First of all, there is a need for legal and organizational stimuli encouraging experts to apply for membership in such associations. The purpose of such associations is to establish and enforce professional standards, including ethical guidelines and certification requirements. By becoming members, private experts should have access to ongoing training, continuing education, and support, which can improve their skills and broaden their knowledge. The associations should also provide a forum for forensic experts to discuss current issues and emerging trends, share best practices, and collaborate on research projects. One of the functions of the associations is to establish guidelines for conducting forensic examinations and providing oversight to ensure that forensic evidence is being analysed and presented in a scientifically sound and objective manner. In this way, the associations can help private experts to promote the admissibility and reliability of forensic evidence in court. Being a member of a professional association should be a sign of the enhancement of the expert's credibility and reputation. Membership in a recognized professional organization should demonstrate a commitment to professionalism and a dedication to upholding ethical and scientific standards.

Unfortunately, the existing associations of private forensic experts in Poland rely on limited budget resources for developing forensic standards and relevant policies. Their current legal status imposes essential limitations on their control over the forensic service market and existing practices. Given these circumstances, it would have been impractical to assign them the responsibility of certification without providing adequate legal and organisational conditions.

CONCLUSIONS

1. When confronted with cases involving complex scientific and technical issues, most lawyers and criminal judges lack the scientific background and education necessary to evaluate expert evidence. This gap between expert knowledge and legal expertise places this type of evidence beyond the competence of lawyers, resulting in the credibility of expert

opinions being measured by trust rather than reliability. By relying uncritically on expert evidence, judges relinquish their decision-making power to the experts who issue them. There are possible solutions. First, criminal lawyers could enlist the help of scientific advisers who could provide information on the scientific soundness and reliability of expert opinions. In addition, lawyers could receive training in science and its various fields to develop a critical attitude towards expert evidence.

2. The existing system of forensic science services in Poland is far from ideal. Due to serious organizational flaws, it allows for manipulations and abuses undermining the reliability of expert evidence. The institution of the experts' enlistment in its current state does not provide sufficient guarantees as to the enlisted experts' qualifications and professional skills. The lack of relevant legal provisions considering the national forensic service market creates favourable conditions for unethical practices including the subletting of entrusted forensic examinations and the so-called dry-labbing.
3. Standardization of expert methodology and mandatory certification should be introduced as commonly accepted tools for ensuring control over the quality, reliability, and scientific authenticity of expert studies. Non-governmental professional associations of forensic experts should be preferred as certification and standardization bodies.
4. Information about certified experts should be contained in a unified national database maintained by a respective governmental body. However, professional associations of court experts should have a decisive role in the process of expert enlistment.
5. Effective enforcement mechanisms are necessary to ensure court experts' compliance with the norms of professional conduct. Professional associations of forensic experts should devise and enforce codes of professional ethics.

BIBLIOGRAPHY

AIRLIE, Melissa; ROBERTSON, James; KROSCHE, Matt N.; BROOKS, Elizabeth. Contemporary issues in forensic science—Worldwide survey results. *Forensic Science International*, 320, 110704, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.forsciint.2021.110704>

AREH, Igor; VERKAMPT, Fanny; ALLAN, Alfred, Critical review of the use of the Rorschach in European courts. *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 29, no.2, p. 183-205, 2022. <https://doi.org/10.1080/13218719.2021.1894260>

BEDNAREK, Tomasz. *Dowód osmologiczny: aspekty kryminalistyczne i procesowe*. Warszawa: CLK KGP, 2008.

BŁOŃSKI, Michał. Znaczenie opinii prywatnej w realizacji prawa do obrony. In: GRZEGORCZYK, Tomasz; IZYDORCZYK, Jacek; OLSZEWSKI, Radosław (eds.). *Z problematyki funkcji procesu karnego*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2013. p. 354-363.

BOJAŃCZYK, Antoni. *Dowód prywatny w postępowaniu karnym w perspektywie prawnoporównawczej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2011.

D'ÉIRDRE, Dwyer. *The judicial assessment of expert evidence*. UK, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DZIERZANOWSKA, Joanna; STUDZIŃSKA, Joanna. Kryteria oceny dowodu z opinii biegłego w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. *Roczniki nauk prawnych*, Tom XXV, 2, p. 21-47, 2015. <https://doi.org/10.18290/rnp.2015.25.2-2>

DZIERŻANOWSKA, Joanna; STUDZIŃSKA, Joanna. Assessment of expert evidence in Polish court proceedings in comparison to other European countries. *Problems of Forensic Sciences*, vol. 106, p. 456-473, 2016. <https://doi.org/10.32082/fp.v1i51.66>

FUNDACJA EUROPEJSKIE CENTRUM INICJATYW W NAUKACH SĄDOWYCH, *Błędy w opiniach biegłych a pomyłki sądowe. Możliwości i sposoby naprawy*. Available at: <, <http://www.forensicwatch.pl/web/pliki/baza-wie-dzy/Opracowania/B%C5%82e%CC%A8dy%20w%20opiniach%20bieg%C5%82ych%20a%20pomy%C5%82ki%20sa%CC%A8dowe.pdf>>. Access on: December 22, 2022

FUNDACJA EUROPEJSKIE CENTRUM INICJATYW W NAUKACH SĄDOWYCH, *Raport: Biegli w wymiarze sprawiedliwości*. Available at: <http://forensicwatch.pl/web/index.php?strona=bazawiedzy&kategoria=Raport>. Access on: December 22, 2022.

GIRDWOYŃN, Piotr; TOMASZEWSKI, Tadeusz. Czy potrzebne nowe podejście do badań kryminalistycznych (w Stanach Zjednoczonych i nie tylko). In: MOSZCZYŃSKI, Jarosław; SOŁODOV, Denis; SOŁTYSZEWSKI, Ireneusz

(eds.). *Przestępczość. Dowody. Prawo*. Księga jubileuszowa prof. Bronisława Młodziejowskiego. Olsztyn: UWM w Olsztynie, 2016. p. 113-124.

GOLAN, Tal. *Laws of Men and Laws of Nature. The history of scientific expert testimony in England and America.*, UK, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

GROSS, Hans. *Podręcznik dla sędziego śledczego jako system kryminalistyki*. Warszawa: Difin, 2021.

GRUZA, Ewa. Kilka refleksji na temat konfrontacji biegłych. *Problemy współczesnej kryminalistyki*, Tom XII, p. 131-145, 2008.

GRUZA, Ewa; GOC, Mieczysław; MOSZCZYŃSKI, Jarosław. *Kryminalistyka, czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw*. Zagadnienia prawne. Warszawa: C.H. Beck, 2020.

HOLEYST, Brunon. *Kryminalistyka*. Warszawa: LexisNexis, 2010.

HOROSZOWSKI, Paweł. *Kryminalistyka*. Warszawa: Wydawnictwo PWN, 1958.

KARAŻNIEWICZ, Justyna. Opinia prywatna jako kategoria dowodu prywatnego i jej znaczenie w postępowaniu karnym – uwagi na tle ostatnich nowelizacji Kodeksu postępowania karnego. In: MOSZCZYŃSKI, Jarosław; SOLODOV, Denis; SOŁTYSZIEWSKI, Ireneusz (eds.). *Przestępczość. Dowody. Prawo*. Księga Jubileuszowa Prof. Bronisława Młodziejowskiego. Olsztyn: Wydawnictwo UWM w Olsztynie, 2016. p. 505-518.

KASPRZAK, Jerzy. Dowód naukowy – dzieje i współczesność. In: HOŁYST, Brunon (ed.). *Do prawdy łatwość to zbrodnia. Księga jubileuszowa z okazji 70. Urodzin Profesora Bogusława Sygita.*, Łódź: Uniwersytet Łódzki, 2018. p. 135-146.

KASPRZAK, Jerzy. *Odontoscopia kryminalistyczna.*, Olsztyn-Szczecin: Volumina. pl, 2011.

KMIECIK, Romuald. „Dowód prywatny” i tzw. zasada swobody dowodzenia w postępowaniu karnym. *Prokuratura i Prawo*, 2, p. 33-49, 2013. Available at: <<https://www.gov.pl/web/prokuratura-krajowa/numer-2-2013>>. Access: December 22, 2022.

KMIECIK, Romuald. Kontrowersyjne unormowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego. *Prokuratura i Prawo*, 1-2, p. 10-25, 2015. Available at: <<https://www.gov.pl/attachment/24fc59b5-34e8-4000-a715-5afd87dd2144>>. Access: December 22, 2022.

KOŁECKI, Hubert. O ograniczonej możliwości sądowej merytorycznej oceny dowodu z techniczno-kryminalistycznej opinii biegłego. In: GERECKA-ŻOŁYŃSKA, Anna; GÓRECKI, Paweł; PALUSZKIEWICZ, Hubert; WILIŃSKI, Piotr (eds.),

Skargowy model procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Stanisławowi Stachowiakowi., Warszawa: Wolters Kluwer, 2008. p. 181–197.

KRAJNIK, Vaclav. Criticism of the practice of obtaining and usage of expert evidence. In: MALEWSKI, Henryk; MATULIENĖ, Snieguole; JUODKAITĖ-GRANSKIENĖ, Gabriele (eds.). *Kriminalistikos teorijos plėtra ir teismo ekspertologijos ateitis: kolektyvinė monografija*. Liber Amicorum Profesorui Vidmantui Egidijui Kurapkai., Vilnius: Lietuvos kriminalistų draugija, Mykolo Romerio universitetas, 2022. p. 330-340.

KUSAK, Michał. 8.4. „Opinia prywatna”. In: HOFMAŃSKI, Piotr (ed.). *System prawa karnego procesowego*, Tom VIII, Part 4. Dowody. Warszawa: LexisNexis, 2019. p. 5076-5101.

KWIATKOWSKA -WÓJCIKIEWICZ, Violetta; WÓJCIKIEWICZ, Józef. Sędziowie wobec dowodu naukowego. In: KASPRZAK, Jerzy; MŁODZIEJOWSKI, Bronisław (eds.). *Kryminalistyka i inne nauki pomostowe w postępowaniu karnym*. Olsztyn: Print Group, 2009. p. 43-57.

LIDÉN, Moa, & DROR, Itiel. Expert Reliability in Legal Proceedings: “Eeny, Meeny, Miny, Moe, With Which Expert Should We Go?” *Science & Justice*, 61(1), p. 37-46, 2001. <https://doi.org/10.1016/j.scijus.2020.09.006>

LOCARD, Edmond. *Dochodzenie przestępstw według metod naukowych*. Łódź: Sgł. Księgarnia Powszechna, 1937.

LOURENCO, Aline; SILVA, Erick. Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do innocence Project, do national registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 1, p. 567-607, 2001. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.410>

METERKO, Vanessa; & COOPER, Glinda. Cognitive Biases in Criminal Case Evaluation: A Review of the Research. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 37, p. 101-122, 2021. <https://doi.org/10.1007/s11896-020-09425-8>

MINISTER SPRAWIEDLIWOŚCI. *Projekt ustawy o biegłych*. Available at: <https://kryminalistyka.pl/wp-content/uploads/2015/11/ustawa_o_bieglych_11_2014.pdf>. Accessed on: December 22, 2022.

MITTERMAIER, Carl Josef Anton. *Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Gesch-worenengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren*. Landshud, 1819.

MOSZCZYŃSKI, Jarosław. Identyfikacja genetyczna – złoty standard czy złoty wyjątek? *Problemy współczesnej kryminalistyki*, Tom XVIII, p. 62-65, 2014.

NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI, *Informacja o wynikach kontroli. Funkcjonowanie biegłych w wymiarze sprawiedliwości*, 2015. Available at: <<https://www.nik.gov.pl/plik/id,9608,vp,11856.pdf>>. Accessed on: December 22, 2022.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. NCJ Number 228091. Available at: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/228091.pdf>>. Access on: December 22, 2022.

OOSTERHUIS, Harry; LOUGHNAN, Arlie. Madness and Crime: Historical Perspectives on Forensic Psychiatry. *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 37, no. 1, p. 1-16, 2014. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2013.09.004>

POLSKIE TOWARZYSTWO KRYMINALISTYCZNE. *Stanowisko PTK*. Available at: <https://kryminalistyka.pl/wp-content/uploads/2015/11/stanowisko_PTK.pdf>. Access on: December 22, 2022.

ROJEK-SOCHA, Patrycja. *Biegli w garści Instytutu Ekspertyz Sądowych*. Available at: <<https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/projekt-ustawy-o-bieglych-instytut-ekspertyz-sadowych,354101.html>>. Access on: December 22, 2022.

ROSSINSKIY, Sergey Borisovitch. Expert as a scientific judge: we return to the discussion of a forgotten problem. *Vestnik Sank-Peterburskogo universiteta MVD Rossii*, vol. 202, no. 4(88), p. 131-142, 2017.

SÁNCHEZ, Juan Sebastián Vera. Exclusión de la prueba pericial científica (de baja calidad epistémica) en fase de admisibilidad en procesos penales de tradición románica-continental: Diálogo entre dos culturas jurídicas., *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, vol. 7, no. 1, p. 375-407, 2021. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.498>

SOLODOV, Iliya. *Etyka biegłego w procesie karnym*. Łomża: Stopka, 2017.

SOŁODOV, Denis. *Ocena dowodu naukowego w systemie kryminalistyki rosyjskiej*. Olsztyn-Szczecin: Volumina.pl, 2012.

VAN DER WOLF, Michiel; VAN MARLE, Hjalmar. Legal Approaches to Criminal Responsibility of Mentally Disordered Offenders in Europe. In: GOETHALS, Kris (ed.). *Forensic Psychiatry and Psychology in Europe. A Cross-Border Study Guide*. Cham, Switzerland, Cham: Springer, 2018. p. 31-44.

VLADIMIROW, Leonid Evstafyevich. *Uchenie ob ugovolnyh dokazatelstvah*. Tula: Autograf, 2000.

WIDŁA, Tadeusz. *Uwagi do projektu ustawy o biegłych*. Available at: <https://kryminalistyka.pl/wp-content/uploads/2015/11/Uwagi_do_nowego_projektu_prof_T_WIDLY.pdf>. Access on: December 22, 2022.

WILK, Dariusz. O metaopinii i swobodnej ocenie dowodów w polskim procesie karnym raz jeszcze. Polemika z dr. Józefem Gurgulem. *Prokuratura i Prawo*, no. 1, 2022, p. 5-27, 2022. Available at: <<https://www.gov.pl/attachment/f4e323a1-afcb-4044-8377-92179fb354bb>>. Access: December 22, 2022.

WITKOWSKA, Krystyna. Biegły w postępowaniu karnym, *Prokuratura i Prawo*, no. 1, 2013, pp. 79-81, 2013. Available at: <<https://pk.gov.pl/prokuratura/prokuratura-i-prawo/opublikowane-numery/rok-2013/numer-1-18/numer-1-10/>>. Access: December 22, 2022.

WÓJCIKIEWICZ, Józef. *Forensics and Justice. Judicature on scientific evidence 1993-2008*. Toruń: Dom Organizatora, 2009.

WÓJCIKIEWICZ, Józef. Metodyka ekspertyzy. In: WÓJCIKIEWICZ, Józef (ed.). *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2007. p. 29-45.

Authorship information

Denis Solodov. PhD with a habilitation in law from the University of Warmia and Mazury in Olsztyn (Poland). Assistant Professor at the Department of Criminology and Forensic Sciences of the Faculty of Law and Administration. denis.solodov@uwm.edu.pl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: This publication has been developed as part of a yearly research project of the Department of Criminology and Forensic Sciences of the University of Warmia and Mazury in Olsztyn for the years 2022-2023.

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 24/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 11/01/2023
- Review 2: 25/01/2023
- Review 3: 07/02/2023
- Preliminary editorial decision: 15/02/2023
- Correction round return: 23/02/2023
- Final editorial decision: 08/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SOLODOV, Denis. The judicial assessment of expert witnesses in Polish criminal procedure. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 427-456, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.785>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


A necessidade de anuência do Ministério Público para a homologação de acordo de colaboração premiada firmado pela autoridade policial


The need for the prosecution's approval to judicially approve the collaboration agreement signed by the police authority

Luísa Walter da Rosa¹

Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR, Brasil

luisawdarosa@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5094657629897142>

 <https://orcid.org/0000-0002-6976-0943>

RESUMO: O presente artigo busca responder se poderia ser homologado um acordo de colaboração premiada firmado pela autoridade policial após manifestação contrária do Ministério Público. Realizou-se a pesquisa pelo método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. A importância do tema se justifica a partir da ampliação do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Em 2018, na ADI 5.508, a Corte reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 12.850/2013 dispor que o delegado de polícia seria um dos legitimados a firmar o acordo, tendo sido debatido e decidido, por maioria entre os ministros, que apesar da exigência legal de manifestação do Ministério Público, essa manifestação não seria vinculante. Já em 2021, no julgamento do AgRg na Pet 8.482, o STF tornou sem efeito um acordo de colaboração premiada firmado pela Polícia Federal, sem a anuência do Ministério Público Federal, estabelecendo a necessidade de concordância do órgão ministerial para que o acordo produzisse

¹ Mestranda em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal na UFPR. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela PUC Minas e em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Participante do 41º PinCADE. Presidente da Comissão de Investigação Defensiva e Justiça Penal Negociada da OAB/SC. Membro do IBCCrim, IBDPPE e AACRIMESC. Autora de livros sobre colaboração premiada e acordo de não persecução penal. Advogada Criminalista.

efeitos. Para abordar a temática, partiu-se da identificação do cenário legal e doutrinário sobre o recorte temático, para, em seguida, proceder-se a um estudo comparativo dos fundamentos que levaram o STF a proferir ambas as decisões. Após, diante das premissas teóricas e práticas estabelecidas, considerou-se não ser possível que a autoridade policial firme um acordo de colaboração premiada com a discordância do Ministério Público, sob pena de esvaziar o instituto, gerando insegurança jurídica, tanto para os colaboradores quanto para os delatados.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada; Legitimados; Autoridade policial; Ministério Público; Recusa motivada.

ABSTRACT: *This article seeks to answer whether a collaboration agreement signed by the police authority after a contrary statement by the Prosecution could be judicially approved. The research was carried out using the deductive method, through a bibliographical review and jurisprudential analysis. The importance of the subject is justified by the expansion of the understanding of the Brazilian Federal Supreme Court. In 2018, in ADI 5.508, the Court recognized the constitutionality of Law n. 12.850/2013 providing that the police chief would be one of those legitimated to sign the agreement, having been debated and decided, by a majority among the ministers that despite the legal requirement of manifestation by the Prosecution, this manifestation would not be binding. In 2021, however, in the judgment of AgRg in Pet 8.482, the STF nullified a collaboration agreement signed by the Federal Police, without the consent of the Federal Prosecution's Office, establishing the need for agreement by the Prosecution for the deal to take effect. To approach the theme, it started with identifying the legal and doctrinal scenario on the thematic focus, then proceeded with a comparative study of the grounds that led the STF to issue both decisions. Afterward, in view of the established theoretical and practical premises, it was considered not possible for the police authority to sign a collaboration agreement with the Prosecution's disagreement, under penalty of emptying the institute, generating legal uncertainty, both for the collaborators and third parties accused.*

KEYWORDS: Collaboration agreement; Entitled parts; Police authority; Prosecution; Motivated refusal.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Síntese do cenário legal e doutrinário; 2. Posição do STF em 2018 na ADI 5508; 3. Posição do STF em 2021 no AgRg na Pet 8.482: possível evolução e ampliação de en-

tendimento da Corte; 4. A impossibilidade de a autoridade policial firmar acordo de colaboração premiada com a discordância do Ministério Público: o caráter vinculante da manifestação ministerial; Considerações finais; Referências

INTRODUÇÃO

A colaboração premiada, desde o advento da Lei n. 12.850/2013, que a disciplinou como ela é hoje, até a exploração midiática da Operação Lava Jato e de todos os acordos nela firmados, é tema de destaque, tanto em razão da sua utilidade, que permite que o Estado tenha acesso a provas de crimes cometidos por organizações criminosas que seriam inalcançáveis sem a colaboração de alguém de dentro, quanto em razão da concessão de benefícios aos criminosos que optaram em colaborar com o Estado.

O instituto configura uma espécie de acordo penal, dentro do gênero justiça penal negociada, no qual se concede espaço a princípios e regras diversos daqueles concernentes ao processo penal tradicional. Há uma valorização da autonomia privada das partes, da lealdade, da eficiência, da boa-fé objetiva em relação à legalidade e obrigatoriedade da ação penal².

Por ser relativamente novo e com uma previsão legal sucinta, em especial quanto ao seu procedimento, a construção teórica a seu respeito foi sendo feita lado a lado com a sua aplicação prática. A delimitação procedimental, portanto, ficou ao encargo das Cortes Superiores, que proferiram uma série de decisões paradigmáticas fixando contornos ao instituto.

Ainda que profundas alterações tenham sido realizadas na colaboração premiada, em especial pelo Pacote Anticrime³, algumas questões

² ROSA, Luísa Walter da. *Colaboração Premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador*. Florianópolis: Emais, 2018, p. 68. MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade: In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Tereza de Assis (coord.) *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 73.

³ BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Altera a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm> Acesso em: 01 ago. 2021.

controvertidas seguem sem resposta legal. Como exemplo, cita-se a previsão contida em lei de que a autoridade policial pode firmar acordo de colaboração premiada na fase policial, com a manifestação do Ministério Público. Mas caso essa manifestação seja contrária, discordando da celebração do acordo, ele poderia ser homologado?

A questão foi inicialmente debatida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de maneira mais ampla, na ADI 5.508⁴, em que se questionou a constitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 12.850/2013 que conferiam a autoridade policial o poder de firmar um acordo de colaboração premiada. Em 2018, a Corte Suprema reconheceu os dispositivos como constitucionais, por maioria, contudo houve um amplo debate entre os ministros sobre o caráter vinculante da manifestação ministerial exigida por lei.

Três anos depois, num dos desdobramentos da Operação Lava Jato, a Procuradoria-Geral da República (PGR) questionou, no AgRg na Pet 8.482⁵, o acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio Cabral e a Polícia Federal, que foi formalizado após o Ministério Público ter se recusado a fazê-lo, de forma motivada. O julgamento foi concluído em maio de 2021, tornando sem efeito o acordo, e nele os ministros mais uma vez revisitaram o debate a respeito da manifestação do Ministério Público ser vinculante ou não.

Diante da relevância e atualidade do tema e do possível conflito entre as decisões proferidas pelo STF em 2018 e 2021, fez-se um estudo de caso, comparando o julgamento da ADI 5.508 com o AgRg na Pet 8.482/DF, especificamente nos pontos que tratam sobre a possibilidade de ser homologado acordo de colaboração premiada firmado pela autoridade policial, após o Ministério Público ter se manifestado de maneira contrária a ele.

Parte-se da identificação das normas legais que regulamentam a matéria e da apresentação do atual cenário doutrinário sobre o recorte realizado sobre o tema, para uma análise comparativa entre os julgados

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508 Distrito Federal*, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO. Brasília, 2018.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 8.482*. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO. Brasília, 2021.

e, ao final, expressar uma opinião a respeito da necessidade de anuência do Ministério Público aos acordos de colaboração premiada celebrados por delegados de polícia.

1. SÍNTESE DO CENÁRIO LEGAL E DOUTRINÁRIO

Antes de se proceder à análise comparativa entre os julgados do STF, cumpre estabelecer um panorama do cenário legal e doutrinário a respeito do tema. Toda a discussão começa em quem seria o representante estatal legitimado a firmar um acordo de colaboração premiada, se somente o Ministério Público ou também a autoridade policial.

A Lei n. 12.850/2013⁶ prevê o seguinte: no art. 3º-A, que o acordo de colaboração premiada possui natureza jurídica de negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, pressupondo utilidade e interesse públicos; no §2º do art. 4º, que há a possibilidade do Ministério Público, este em qualquer fase processual, e do delegado de polícia, este somente no inquérito policial, requererem ao juiz o perdão judicial para o colaborador, em razão da relevância da colaboração prestada; no §6º do art. 4º, que o juiz não é parte das negociações, sendo as tratativas realizadas entre o delegado de polícia, investigado, defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou somente entre Ministério Público, investigado/acusado e defensor, a depender do caso concreto; e no art. 6º, incisos II e IV, que o termo de colaboração premiada deve ser feito por escrito, contendo as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia e as assinaturas das respectivas autoridades, em conjunto com as do colaborador e defensor.

Pelo que se depreende da interpretação literal da lei, poderia a autoridade policial firmar acordo de colaboração premiada, somente na fase de investigação, e com a manifestação do Ministério Público. Nada

⁶ BRASIL. *Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em: 01 ago. 2021.

diz a lei, contudo, se essa manifestação seria vinculante ao magistrado no momento da homologação do acordo.

Para além da normativa específica, o debate também tangencia previsões constitucionais como o princípio do devido processo legal⁷; o fato de que o Ministério Público é o titular da ação penal pública e tem exclusividade no exercício das suas atribuições⁸; e o múnus da função policial⁹; e questões processuais penais, como o papel da autoridade policial na investigação¹⁰, e a atribuição do Ministério Público em promover a ação penal pública, por meio de denúncia¹¹.

Em relação a doutrina, ela se divide quanto à possibilidade, legitimidade e utilidade do acordo de colaboração premiada firmado por autoridade policial.

Anselmo defende a legitimidade da autoridade policial em propor o acordo de colaboração premiada no curso do inquérito policial, em razão de presidir a investigação, e afirma que negar esse direito seria, além de ilegal, uma forma de negar a racionalidade lógica do sistema de investigação criminal, considerando que ao delegado é admitido representar por diversas medidas cautelares, como interceptação telefônica, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário¹². O autor também defende a possibilidade de atuação conjunta entre Polícia Judiciária e Ministério Público na formalização do acordo de colaboração premiada.

No que concerne à exigência legal de manifestação do Ministério Público quando o acordo for firmado com o Delegado de Polícia, Anselmo afirma que o papel do MP neste caso seria de *custos legis*, a manifestação de caráter meramente opinativo e, em caso de discordância, a decisão final seria do juiz. O autor ainda rememora que todas as medidas cautelares as quais o delegado pode representar diretamente a autoridade

⁷ Art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

⁸ Art. 129, inciso I e §2º da Constituição Federal.

⁹ Art. 144, §1º, I e IV e §4º, todos previstos na Carta Magna.

¹⁰ Art. 4º do Código de Processo Penal.

¹¹ Art. 24 do Código de Processo Penal.

¹² ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro*, doutrina e prática. Rio de Janeiro: Mallet, 2016, p. 84/85.

judicial podem ser concedidas com parecer contrário do *parquet*, e que essa mesma lógica deveria ser aplicada à colaboração premiada¹³.

Quanto à possibilidade de atuação conjunta da polícia judiciária e do MP, Rosa e Bermudez são entusiastas dela. Os autores criticam a rivalidade entre os órgãos estatais, apontando que o seu alinhamento tem o potencial de conferir mais eficiência à atividade negocial do Estado¹⁴. A posição encontra amparo em outros autores, que pensam que a negociação anda melhor quando realizada de maneira conjunta pelos órgãos persecutórios, porém com a ressalva que após a homologação judicial do acordo, sempre se exigirá a atuação do MP enquanto titular da ação penal, podendo uma eventual atuação isolada da autoridade policial gerar inúmeros problemas¹⁵.

Santos também defende que a análise da possibilidade de se firmar um acordo de colaboração premiada seja feita em conjunto pelos órgãos policial e ministerial, para evitar descompassos¹⁶. Contudo, caso o investigado procure diretamente o Ministério Público, que rejeite de plano o acordo, o autor acredita que o pretense colaborador poderia ainda procurar a autoridade policial para o mesmo fim, pois não há relação hierárquica entre delegado de polícia e MP¹⁷.

Apesar de defender a existência dessa possibilidade, Santos pontua que quando o Ministério Público recusa sumária e fundamentadamente a proposta de colaboração, é provável que assim o seja em razão da ausência de conteúdo, seriedade e fundamentos mínimos. E ao retomar a necessidade de atuação conjunta dos órgãos na fase investigativa, esclarece que o delegado atuaria como intermediário do acordo, fornecendo subsídios

¹³ *Idem*, p. 85/86.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2019, p. 239.

¹⁵ WUNDERLICH, Alexandre; [et al.]. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada: após a Lei Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 113.

¹⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 169.

¹⁷ *Idem*, p. 169.

do potencial e da confiabilidade das informações prestadas pelo possível colaborador, enquanto os pactuantes seriam o imputado e o *Parquet*¹⁸.

Interessante também a posição do autor em escrito sobre colaboração premiada unilateral, na qual sustenta que o colaborador oferece as informações por si próprio, independente de acordo, atingindo os resultados previstos em lei, e por essa razão, faz jus aos prêmios a serem concedidos pelo magistrado. Nesses casos, o autor afirma que, “admitindo-se premiar a colaboração unilateral, a cooperação obtida, diretamente, pela autoridade policial mostra-se constitucional”, sendo prescindível a participação do Ministério Público na concessão dos benefícios¹⁹.

Fonseca delimita bem os papéis a serem exercidos por cada ente, ressaltando que a negociação da persecução penal é exclusiva do titular da ação penal – o Ministério Público, que deverá sempre se manifestar sobre o acordo, sem que a autoridade policial interfira na sua atribuição exclusiva de oferecer denúncia²⁰. Porém, a autora defende que os órgãos atuem em conjunto, possibilitando-se à autoridade policial sugerir ao representante do MP que celebre um acordo quando o considerar útil ao interesse público, a quem cabe a palavra final.²¹

Já Pereira considera que o MP detém legitimidade exclusiva para a concretização do acordo, que poderá ser feito de maneira conjunta com o delegado de polícia. Para o autor poderia a autoridade policial iniciar as tratativas, e com o seu avanço representar ao Ministério Público para formalizar o acordo²². Ou ainda, seria possível admitir que uma das interpretações do texto legal autorizaria que o delegado negociasse os

¹⁸ *Idem*, p. 171.

¹⁹ SANTOS, Marcos P. D. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, p. 162, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49>

²⁰ FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 91.

²¹ *Idem*, p. 91

²² PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 152.

termos do acordo, representando ao juiz para a sua homologação, desde que houvesse expressa concordância do Ministério Público²³.

A hipótese encontra amparo na doutrina: uma visão enxerga que ao delegado foi conferida capacidade negocial, porém seria imprescindível a manifestação do Ministério Público como elemento complementar dessa capacidade²⁴; outra que a atuação da autoridade policial dos acordos sempre dependerá da manifestação positiva do MP²⁵.

Por outro lado, há quem aponte que, com as alterações provocadas pela Lei n. 13.964/2019 no instituto da colaboração premiada, o Supremo Tribunal Federal necessariamente deveria revisar a decisão proferida em 2018 na ADI 5.508, antes, portanto, do advento da nova lei, principalmente em razão do art. 3º-A do CPP²⁶, que fixou o caráter acusatório do processo penal brasileiro. Isso porque tal alteração implica na impossibilidade de o juiz de ofício ou mediante a mera representação do delegado de polícia, participar da colaboração premiada, que é um meio especial de obtenção de prova, como expressamente prevê o art. 3º-A da Lei 12.850/13.

O que se sustenta é que, em razão dessa alteração estrutural, não é mais possível que o juiz homologue um acordo de colaboração premiada celebrado exclusivamente com o delegado de polícia sem a presença, ou pior ainda, com a discordância do Ministério Público porque haveria nesta

²³ *Idem*, p. 152/153.

²⁴ DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - Um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review*, v.7, n.2: 135-189, maio-ago. 2016. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. São Paulo: Juspodivm, 2021, p. 124.

²⁵ MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. *Colaboração premiada: aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 38.

²⁶ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência). O referido artigo encontra-se suspenso em razão da liminar deferida pelo Min. Fux nas ADIs 6298, 6300 e 6305.

hipótese atuação de ofício na fase pré-processual, vedada amplamente pela reforma promovida pela Lei 13.964/2019²⁷.

Interessante também a crítica feita por Cunha, Pinto e Souza quanto a possibilidade de instauração de um balcão de negócios da colaboração premiada, que consideram contraproducente que o pretense colaborador escolha com quem vai negociar, para saber onde terá mais vantagens, o que seria contrário a própria ideia do instituto.²⁸

Tal posicionamento é corroborado pela opinião de Callegari, contrária à transformação dos sistemas de justiça criminal em balcão de negócios, mas que vai além. Para o autor, quando o Ministério Público apresenta recusa motivada em propor o acordo de colaboração premiada, nos termos do §1º do art. 3º-B da Lei 12.850/2013, como foi o caso da Pet 8.482 que se verá a seguir, o Estado não mais poderá firmar acordo, por qualquer legitimado que for, quando apresentados os mesmos fatos e provas pelo pretense colaborador. Isso porque tal cenário é capaz de gerar insegurança jurídica, o que poderia permitir que na recusa de um dos órgãos, o investigado buscase a outro para tentar burlar o sistema²⁹.

Quanto a ausência de segurança ao colaborador que firma acordo com a autoridade policial, que não pode garantir a aplicação dos benefícios, pode apenas representar à autoridade policial por eles, importante trazer à tona o posicionamento de Cavali: “o delegado de polícia não pode oferecer nada além de suas atribuições, mas, se o colaborador se satisfizer com o compromisso possível da autoridade policial, dentro de suas atribuições, não há razão para deixar-se de homologar o acordo”³⁰.

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado: comentários à Lei 12.850/2013*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 166.

²⁸ *Idem*, p. 165.

²⁹ CALLEGARI, André Luis. Colaboração premiada: a discussão do acordo no ‘caso Cabral’. *Revista Consultor Jurídico*. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-27/opiniao-colaboracao-premiada-discussao-acordo-cabral>> Acesso em: 24 jul. 2021.

³⁰ CAVALI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 269.

É fato que é restrito o alcance da autoridade policial na negociação, pois, não possuindo a legitimidade da persecução penal, limita-se a propor “favores de pena a serem judicialmente cumpridos, após a devida homologação”³¹, favores estes sujeitos a delimitação legal.

Por fim, Vasconcellos acredita que a Lei n. 12.850/2013 não conferiu legitimidade ao delegado de polícia para firmar acordo de colaboração premiada, porque:

o texto é claro ao condicionar a atuação policial à posterior “manifestação do Ministério Público”, de modo a autorizar somente a realização de negociações preliminares entre defesa e autoridade policial. [...] o delegado é ator legítimo para obter informações acerca da vontade do imputado em colaborar ou não, e, se necessário, iniciar as negociações de modo preliminar e provisório, sem aprofundamento na questão ou acertamento dos termos do acordo.³²

O autor ainda sugere que, em casos de negativa injustificada ou ilegítima do Ministério Público para não firmar a colaboração premiada, aí sim, de forma excepcional, poderia a proposição se dar pelo delegado de polícia³³.

Cumpra agora analisar como o Supremo Tribunal Federal interpretou a questão para, em seguida, enfrentar diretamente o problema de pesquisa proposto.

2. POSIÇÃO DO STF EM 2018 NA ADI 5508

Neste artigo será realizada uma análise comparativa entre dois julgados do STF: a ADI 5508 e o AgRg na Pet 8.482. A discussão que embasou o pano de fundo do AgRg da Pet 8.482 relaciona-se diretamente com parte do que foi decidido pelo Plenário do STF na ADI 5.508/DF, de relatoria

³¹ CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 89.

³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 112/113.

³³ *Idem*, p. 104.

do Min. Marco Aurélio, em que, por maioria de votos, estabeleceu-se que a autoridade policial pode realizar acordo de colaboração premiada.

A questão tratada na Ação Direta de Inconstitucionalidade, contudo, é mais abrangente do que a discussão da Pet 8.482, em que se debateu um ponto específico oriundo de um acordo de colaboração premiada firmado pela Polícia, após a recusa do MP em negociá-lo e após a manifestação contrária do mesmo órgão a respeito de sua homologação.

No entanto, a comparação entre os casos concretos se justifica porque consta nos debates dos ministros à época ponderações sobre a existência ou não de caráter vinculante da manifestação do Ministério Público sobre a realização de acordo de colaboração premiada entre polícia e colaborador.

A ementa do acórdão da ADI 5.508 é a seguinte:

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz.³⁴

Analisado o seu inteiro teor, verifica-se que o caso é oriundo de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face dos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013,

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508 Distrito Federal*, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO. Brasília, 2018.

que tratam sobre a legitimidade do delegado de polícia para conduzir e firmar acordos de colaboração premiada.

O julgamento, que culminou no reconhecimento de que são constitucionais as previsões legais que autorizam a autoridade policial a firmar acordo de colaboração premiada, assim o fez com base em que o instituto da colaboração se encontra situado no cumprimento das finalidades institucionais da polícia judiciária, por ser meio de obtenção de prova.

Sintetizando os argumentos do relator que levaram a julgar improcedente o pedido³⁵, para o Min. Marco Aurélio meios de investigação são prerrogativas da autoridade policial, e o preceito legal da Lei n. 12.850/2013 teria deixado claro que o delegado de polícia seria legitimado para propor a colaboração na fase de investigação. Ainda esclarece o Ministro que essa prerrogativa seria concorrente a do Ministério Público, e que deveria contar com a sua supervisão. E que o fato de a autoridade policial propor a colaboração premiada e representar pelo perdão judicial, por exemplo, não configuraria causa impeditiva para que o órgão acusador oferecesse denúncia. Em resumo, seria descabido potencializar o papel do Ministério Público, ou legitimar uma “queda de braço” entre as instituições responsáveis pela investigação e persecução penal, que deveriam atuar de forma conjunta no combate à criminalidade³⁶.

Houve um extenso debate entre os ministros antes do julgamento ser concluído. O Min. Alexandre de Moraes indicou que acompanharia o relator em parte, divergindo quando ao §2º do art. 4º. Para o Ministro, como a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, seria possível à autoridade policial realizá-la, desde que não afete a titularidade da ação penal pública³⁷. Exemplificando, afirma o Min. que quando a autoridade policial celebra uma colaboração premiada que prevê ao colaborador o perdão judicial, isso já imediatamente obstaculizaria o exercício da ação penal pelo MP, o que, para Sua Excelência, seria inconstitucional por afronta ao art. 129, I da Constituição³⁸.

³⁵ *Idem*, p. 20/22.

³⁶ *Idem*, p. 25/26.

³⁷ *Idem*, p. 31/32.

³⁸ *Idem*, p. 32/33.

Sobre esse aspecto, nos debates, o Min. Fux questionou se o Min. Moraes consideraria como constitucional o dispositivo caso o Ministério Público anuísse com o acordo pois, para o questionador, o problema estaria resolvido se o MP concordasse com a colaboração feita pela polícia³⁹. Esclareceu o Min. Moraes que só se for estabelecido o perdão judicial que precisaria da concordância do MP⁴⁰.

O Min. Edson Fachin antecipou seu voto, suscitando que a autoridade policial não é parte no acordo de colaboração premiada, não podendo chancelar acordo sem a presença do MP⁴¹; que como o acordo tem força vinculante e o MP atribuição constitucional privativa para exercer a ação penal pública, somente ele poderia dispor dos interesses de firmar o acordo.

Também pontua o Ministro que se o Ministério Público não considerou suficientes as informações fornecidas pelo pretense colaborador, não caberia ao interessado procurar celebrar o acordo com órgão diverso, e tampouco poderia a polícia celebrar o acordo, pois não se pode admitir que um órgão atue como revisor do outro⁴².

Por fim, conclui Sua Excelência que seria inconstitucional que as autoridades policiais, em nome do Estado, celebrem ato negocial. Contudo, poderiam atuar na fase de negociação, celebrar atos de colaboração sem poder representar o Estado na formalização do acordo, cujo único legitimado seria o Ministério Público⁴³.

O Min. Barroso votou no sentido que a autoridade policial pode celebrar acordo de colaboração premiada dentro dos limites de competência da polícia, não interferindo nas prerrogativas ministeriais, oferecendo benefícios dentro dos limites da investigação e do inquérito policial⁴⁴, como aqueles contidos no art. 5º da Lei n. 12.850/2013, e, em relação aos demais benefícios, meramente recomendando ao magistrado que

³⁹ *Idem*, p. 38.

⁴⁰ *Idem*, p. 97.

⁴¹ *Idem*, p. 57/58.

⁴² *Idem*, p. 62.

⁴³ *Idem*, p. 79.

⁴⁴ *Idem*, p. 94.

diminua a pena, por exemplo, o que seria submetido à manifestação do Ministério Público, que poderia discordar da recomendação⁴⁵.

Já o Min. Fux entendeu que a autoridade policial pode firmar acordo de colaboração premiada, desde que com a anuência do Ministério Público. Se o MP não estiver de acordo, a colaboração não pode ser homologada⁴⁶. No mesmo sentido a Min. Rosa Weber, ao considerar a manifestação positiva do Ministério Público como condição de procedibilidade para a homologação do acordo entabulado com a autoridade policial⁴⁷.

Em sede de debates, o Min. Dias Toffoli atestou que o Estado é um só, mas que a questão analisada na ADI suscitaria a discussão de quais seriam os limites à atuação do Estado-investigador e do Estado-acusador⁴⁸.

Já em seu voto, afirmou que o poder negocial do delegado de polícia é mais limitado que o do Ministério Público, e que a manifestação do MP não teria caráter vinculante. O Ministro também diferencia a natureza da colaboração premiada: para o delegado de polícia ela seria tão somente meio de obtenção de prova; já para o Ministério Público seria meio de obtenção de prova e acordo penal. Por fim, poderia a autoridade policial firmar o acordo, somente na fase de inquérito, sem, contudo, poder negociá-lo, pois quem concederá os benefícios é o magistrado⁴⁹.

O Min. Lewandowski entende que tanto MP quanto a Polícia Judiciária podem celebrar acordo de colaboração premiada, a diferença seria somente as consequências processuais que o acordo produzirá em juízo. Para o ministro, a autoridade policial teria atribuição para instrumentalizar proposta de acordo, na qual deveria ser ouvido o Ministério Público, sem que sua manifestação seja vinculante. Contudo, o ajuste celebrado pela polícia tampouco vincularia o MP, que poderia pleitear em juízo a responsabilização penal que entendesse adequada⁵⁰.

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes também votou pela improcedência da ação por entender ser constitucional que o delegado de polícia

⁴⁵ *Idem*, p. 84/86.

⁴⁶ *Idem*, p. 104.

⁴⁷ *Idem*, p. 286.

⁴⁸ *Idem*, p. 39.

⁴⁹ *Idem*, p. 114/117.

⁵⁰ *Idem*, p. 201/203.

firme acordo de colaboração premiada. Contudo, não poderia especificar o benefício a ser aplicado, pois não sendo o titular da ação penal, não poderia dela dispor⁵¹. Conclui dizendo que pode também a autoridade policial representar pelo perdão judicial, pois nada impede que o juiz o aplique contra a opinião do Ministério Público⁵².

O decano Min. Celso de Mello acompanhou o relator, destacando que Ministério Público e Polícia Judiciária deveriam atuar de maneira harmoniosa; que a manifestação contrária do Ministério Público não teria caráter vinculante; e que seriam constitucionais as normativas que conferem a autoridade policial a prerrogativa de celebrar acordo de colaboração premiada, no curso do inquérito policial.⁵³

Também acompanhou o relator a Min. Carmen Lúcia, ao considerar apropriada a atuação do delegado de polícia no acordo, pois em consonância com sua atividade investigativa, não vendo uma manifestação contrária do Ministério Público ao acordo firmado com a autoridade policial como vinculante⁵⁴.

Consta nos debates que a maioria dos ministros considera que a participação do Ministério Público é obrigatória e indispensável em acordos de colaboração premiada firmados com a autoridade policial, apenas não atribuem a essa participação o caráter vinculante. Divergiram, contudo, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Fachin.

Parte-se agora para a análise da decisão da Corte proferida três anos depois.

3. POSIÇÃO DO STF EM 2021 NO AGRG NA PET 8.482: POSSÍVEL EVOLUÇÃO E AMPLIAÇÃO DE ENTENDIMENTO DA CORTE

O caso consiste num Agravo Regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República na Pet 8.482/DF, de relatoria do Min. Edson Fachin, que tramitou sob sigilo no Supremo Tribunal Federal. O pano

⁵¹ *Idem*, p. 210.

⁵² *Idem*, p. 214.

⁵³ *Idem*, p. 236; 245; 247.

⁵⁴ *Idem*, p. 260.

de fundo do procedimento é a homologação do acordo de colaboração premiada firmado entre Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho e a Polícia Federal (PF).

Apesar do sigilo, o caso foi amplamente noticiado na mídia, em razão do Plenário da Corte Suprema ter tornado sem efeito o acordo de colaboração premiada, tendo o julgamento sido concluído em 28/05/2021. Foi possível acessar a íntegra da Manifestação da Procuradoria-Geral da República⁵⁵, dos votos dos ministros do STF⁵⁶, e, em 21/09/2021, foi publicado o inteiro teor do acórdão, assim ementado:

ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE POLICIAL. PRECEDENTE DA ADI 5.508, POSIÇÃO MAJORITÁRIA DO STF PELA AUTONOMIA DA PF NA CELEBRAÇÃO DE ACP. POSIÇÃO CONTRÁRIA DESTE RELATOR VENCIDA NA OCASIÃO. TEMA QUE REPÕE A PGR EM PLENÁRIO E EM MENOR EXTENSÃO DO VOTO ENTÃO VENCIDO. ANUÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO SUSCITADA AGORA PELA PGR. CONDIÇÃO DE EFICÁCIA. ACOLHIMENTO. 1. Nos termos do entendimento formado no julgamento da ADI 5.508, a autoridade policial tem legitimidade para celebrar autonomamente acordo de colaboração premiada. Em voto vencido, assentada a negativa dessa faculdade. 2. Matéria novamente suscitada, em menor extensão, pela PGR. Considerada a estrutura acusatória dada ao processo penal conformado à Constituição Federal, a anuência do Ministério Público deve ser posta como condição de eficácia do acordo de colaboração premiada celebrado pela autoridade policial. Posicionamento de menor extensão contido no voto vencido proferido. Possibilidade de submeter a matéria ao mesmo Plenário a fim de que o entendimento majoritário seja confirmado ou eventualmente retificado. Em linha de coerência com o voto vencido, pela retificação do entendimento majoritário na extensão que pleiteia a PGR. 3. Questão preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República acolhida para dar parcial

⁵⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pgr-sergio-cabral.pdf> Acesso em: 29 jul. 2021.

⁵⁶ Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/05/leiatodososvotos_270520211013.pdf Acesso em: 29 jul. 2021.

provimento ao agravo regimental e tornar sem efeito, desde então, a decisão homologatória do acordo de colaboração premiada celebrado nestes autos, ante a desconformidade manifestada pelo Ministério Público e aqui acolhida. Eficácia ex tunc⁵⁷.

O enfoque da abordagem do caso se dará em cima das discussões envolvendo a possibilidade de ser homologado acordo de colaboração premiada firmado pela polícia judiciária quando o Ministério Público se manifestou expressamente de maneira contrária a ele.

Consta na manifestação da PGR que a Procuradoria foi consultada a respeito da homologação do acordo, antes desta ser efetivada pelo Judiciário. A manifestação foi no sentido da não homologação e, subsidiariamente, pleiteando a não produção de efeitos do acordo em relação aos crimes que já seriam objeto de ação penal movida pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, dentro do contexto da Lava Jato.

O Ministro Edson Fachin homologou o acordo, e contra a decisão a PGR opôs embargos de declaração, que foram rejeitados. Em seguida, foi interposto o agravo regimental em questão, apontando a existência de vícios na decisão que homologou o acordo, que afetariam a sua legalidade e por essa razão, seriam obstáculo à sua homologação.

Consta ainda na manifestação que, a partir do conteúdo da colaboração premiada, foram instaurados doze inquéritos policiais, sendo que em todos eles o MPF promoveu o arquivamento, em razão da inaptidão das declarações prestadas pelo colaborador e ausência de elementos de corroboração. Após, a autoridade policial apresentou pedido de instauração de novos inquéritos, com base em narrativas complementares apresentadas pelo colaborador.

Argumenta a PGR que o único documento novo apresentado seria uma agenda do colaborador, e que todos os demais documentos ou aparelhos celulares já estariam em poder dos órgãos de persecução apreendidos em outras operações. Desta forma, em relação a todos os pedidos de instauração de inquérito, faltariam elementos mínimos de corroboração que atribuíssem verossimilhança aos depoimentos prestados

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição n. 8.482* Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2021, DJe 21/09/2021.

pelo colaborador, sendo que algumas versões inclusive entrariam em conflito com outras apresentadas por outros colaboradores, corroboradas por fartos elementos de prova.

A síntese dos pedidos constantes no agravo regimental são, portanto, a não homologação do acordo e a remessa do recurso ao Plenário do STF para que fosse discutido, de forma incidental, que a colaboração premiada firmada pelo colaborador e a Polícia deve necessariamente contar com a aderência/concordância do Ministério Público para que surta efeitos.

Segundo consta de notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal⁵⁸, no julgamento do agravo regimental na Pet 8.482, a maioria dos ministros acolheu o argumento preliminar da PGR de que o acordo não poderia ter sido firmado sem a concordância do Ministério Público, tornando o acordo de colaboração premiada sem efeito. Acolheram a preliminar os ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Os ministros Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso e as ministras Carmen Lúcia e Rosa Weber rejeitaram a preliminar e votaram no sentido de negar provimento ao agravo regimental da PGR, mantendo a validade do acordo.

Para examinar a solução dada pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto, para além da ementa do acórdão do Agravo Regimental da Pet 8.482, procede-se a uma análise dos votos de cada um dos ministros.

O relator, Ministro Edson Fachin, em seu voto, acolheu a preliminar para que fosse rediscutida, em Plenário, a questão de a possibilidade da autoridade policial celebrar autonomamente acordo de colaboração premiada, mas ficando seus efeitos condicionados à prévia concordância do Ministério Público.

Para o ministro, somente o Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública, poderia celebrar o acordo de colaboração premiada, espécie do gênero colaboração premiada. Em razão dessa diferenciação feita pelo Min. Fachin, no gênero colaboração premiada ao delegado de polícia seria conferido representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, participar da negociação entre as partes, apresentar para

⁵⁸ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?id-Conteudo=466783&ori=1> Acesso em: 29 jul. 2021.

manifestação do MP a colaboração decorrente de negociação entre delegado, investigado e defensor, tudo conforme as previsões legais da Lei n. 12.850/2013, mas na espécie não seria permitido ser considerado parte.

Nas palavras do relator, “não cabe à autoridade policial a formação de juízo acusatório, pressuposto material inafastável da celebração do acordo de colaboração premiada e da estipulação das cláusulas negociais.”⁵⁹. E continua:

[...] o acordo em âmbito policial não pode se transformar numa nova oportunidade para que o candidato a colaborador, cujos elementos de convicção de que dispunha tenham sido considerados insuficientes por um agente estatal, possa submeter sua proposta a uma segunda análise. Deve o Estado-Acusação manifestar-se a uma só voz.⁶⁰

A conclusão seria que a Constituição não admitiria a celebração de acordo de colaboração entre a autoridade policial e o colaborador, após a recusa do Ministério Público, pois se assim o fosse “a autoridade policial estaria sendo colocada na condição de revisora do agir ministerial, em evidente e indevida emulação de papéis constitucionalmente estabelecidos.”⁶¹ Repetiu o Min., portanto, muitos dos argumentos já trazidos no seu voto divergente na ADI 5.508.

No mérito, caso superada a preliminar, sob a premissa de que o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova, o relator apontou que o acordo do caso concreto não teria violado as prerrogativas do órgão por tratar de fatos diversos dos já denunciados, logo deveria prevalecer o respeito à presunção de inocência e à previsão legal do §18 do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, que dispõe que a cessação de envolvimento

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Petição n. 8.482* Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2021, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 20-09-2021 PUBLIC 21-09-2021, p. 70. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2021/05/leiatodososvotos_270520211013.pdf Acesso em: 29 jul. 2021.

⁶⁰ *Idem*, p. 71.

⁶¹ *Idem*, p. 72.

em conduta ilícita deve ser considerada em relação ao objeto da colaboração. Por isso, nega provimento ao agravo.

Já o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou a hibridez do sistema de persecução penal, onde existiria privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público e, como regra geral, a investigação sob o comando da Polícia Judiciária, que preside o inquérito policial. E apontou também a natureza mista da colaboração premiada, que seria parte de uma negociação ao mesmo tempo que serviria como meio de obtenção de prova. Esses dois aspectos, segundo o Ministro, autorizam a autoridade policial a atuação e realização da colaboração premiada como um dos vários meios de obtenção de prova durante a investigação realizada no inquérito policial.

Há ainda o destaque à necessidade de um trabalho conjunto entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público sob pena de ineficácia na utilização do acordo, o que teria acontecido no caso concreto. Como o MPF teria recusado o acordo por ausência de elementos de corroboração e omissão da verdade por parte do colaborador, teriam sido esses mesmos motivos que levaram ao arquivamento de todos os inquéritos abertos em decorrência da colaboração premiada firmada com a PF. Logo, o acordo teria sido ineficaz e a ação da autoridade policial teria extravasado os limites razoáveis da discricionariedade da Polícia Judiciária. No mérito, reconheceu o ministro a existência de graves vícios no acordo que impediriam a sua homologação, em razão do não cumprimento dos requisitos legais.⁶²

A Ministra Rosa Weber, sobre a celebração de acordo de colaboração premiada por autoridade policial e necessidade de concordância do Ministério Público, disse que por ser o acordo um meio de obtenção de prova, seria uma “incongruência sistêmica interditar, à Polícia Judiciária, o manejo dessa profícua ferramenta investigativa”⁶³. Quanto à preliminar de reanálise da possibilidade de celebração de colaboração premiada pela polícia, a ministra a rejeitou em razão da necessidade de se respeitar a segurança jurídica, o sistema de precedentes e a coisa julgada, referindo-se ao julgamento anterior da ADI 5.508. Quanto ao mérito, acredita a

⁶² *Idem*, p. 12.

⁶³ *Idem*, p. 14.

ministra que a autoridade policial observou os limites formais traçados pelo sistema normativo na formalização do acordo, motivo pelo qual nega provimento ao agravo.

O ministro Marco Aurélio, por sua vez, rejeitou a preliminar por entender que o caso se amolda às balizas definidas na ADI 5.508, de sua relatoria. Quanto ao mérito, acompanhou o relator pelo desprovimento do agravo, por entender que as formalidades legais do acordo teriam sido observadas.

Já o ministro Luís Roberto Barroso destacou que o Plenário do STF teria reconhecido a legitimidade do delegado de polícia para celebrar acordo de colaboração premiada, porém o seu conteúdo seria bastante restrito, sem poder a autoridade policial dispor sobre prerrogativas do MP. Entendeu como desnecessária a concordância do Ministério Público para a formalização do acordo com a polícia.⁶⁴

Afirmou o ministro que não entende ser possível a revisão do posicionamento do STF na ADI 5.508, pois a questão teria sido resolvida há menos de três anos, em acórdão proferido pelo Plenário, e que não teria havido alterações das circunstâncias fáticas ou normativas. Acrescenta ainda que a Lei n. 13.964/2019 teria alterado substancialmente a colaboração premiada sem, contudo, retirar a previsão expressa de legitimidade do delegado de polícia de celebrar o acordo, por isso rejeita a preliminar e nega provimento ao recurso por entender o acordo dentro dos parâmetros de legalidade.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, destacou a importância de se preocupar com a garantia da segurança jurídica e proteção da confiança do particular (colaborador) que celebra acordo com o Estado, e que, por esse motivo, defende, na mesma linha do relator, que a manifestação favorável do Ministério Público ao acordo, quando dele não for parte, é condição para sua homologação. Por fim, acompanhou o relator quanto à preliminar para prover o agravo, com a ressalva de não adentrar no caso concreto.

O Ministro Luiz Fux também adotou a ressalva de não adentrar o caso concreto, acompanhando o relator para acolher a preliminar suscitada.

⁶⁴ *Idem*, p. 37/38.

A Ministra Carmen Lúcia votou pela rejeição da preliminar, em razão do reconhecimento da constitucionalidade dos §§2º e 6º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 realizado pelo Plenário do STF no julgamento da ADI 5.508, e por acreditar ser incoerente cogitar de invalidade jurídica de acordo de colaboração premiada firmado entre delegado de polícia e colaborador somente em razão de manifestação desfavorável do Ministério Público. No mérito, acompanhou o relator para negar provimento ao agravo, em especial pela própria Procuradoria-Geral da República ter requerido o compartilhamento do termo de depoimento do colaborador para a instrução de outra investigação, o que significaria que ao menos parte do acordo poderia ser útil e produzir algum dos resultados exigidos pelo art. 4º da Lei n. 12.850/2013.

Já o Ministro Gilmar Mendes iniciou seu voto fazendo uma linha do tempo do julgamento da Pet 8.482, indicando todas as ilegalidades e irregularidades cometidas na celebração do acordo de colaboração premiada analisado.

Quanto às preliminares, o ministro afirma que ainda cabe ao Supremo Tribunal Federal delimitar a amplitude da força vinculante da manifestação a ser feita pelo Ministério Público em acordos de colaboração premiada feitos pela autoridade policial. Segundo o ministro, tal questão não foi definida na ADI 5.508. E por razões atinentes às previsões do Regimento Interno do STF e de precedentes da Corte quanto ao caráter vinculativo de manifestação de arquivamento da PGR, acompanha o relator para declarar a ineficácia do acordo de colaboração premiada celebrado pela Polícia Federal sem aquiescência do Ministério Público.

No mérito, entende pelo provimento do agravo, pois o acordo não deveria ter sido homologado em razão de suas ilegalidades e pela falta de interesse público.

O que se vê, ao se comparar a decisão do STF de 2018 com a de 2021, é que, atualmente, a Corte mantém o entendimento de que é constitucional que a autoridade policial negocie acordo de colaboração premiada na fase policial. Contudo, diante da previsão legal da Lei n. 12.850/2013 de que o Ministério Público teria que se manifestar no caso, não há eficácia em acordo firmado com a discordância do Ministério Público. Em 2018 tão somente dois ministros – Fachin e Rosa

Weber – enxergavam a necessidade de anuência ministerial; já em 2021, sete ministros⁶⁵ votaram nesse sentido.

Porém, há que se esclarecer que na ADI 5.508 os votos dos ministros divergem bastante quanto aos seus argumentos, sem ao final uniformizar qual seria o conteúdo dessa manifestação contrária do MP ao acordo entabulado com a autoridade policial. Alguns mencionam o posicionamento contrário do MP ao acordo em si, outros em relação apenas aos benefícios sugeridos pela autoridade policial.

No entanto, há como se afirmar que houve evolução e alteração de entendimento dos ministros, que à época da ADI 5.508, sinalizaram em maioria não haver problema que o MP se manifestasse de forma contrária, mas, em 2021, na Pet 8.482, ao analisar um caso concreto em que isso tenha acontecido, entenderam pela necessidade de concordância do órgão acusatório, também em maioria.

4. A IMPOSSIBILIDADE DE A AUTORIDADE POLICIAL FIRMAR ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA COM A DISCORDÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O CARÁTER VINCULANTE DA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL

A Lei n. 12.850/2013, com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, é clara em reconhecer o instituto da colaboração premiada como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova (art. 3º-A), que poderá ser firmado a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Também é letra de lei que a autoridade policial é considerada como participante das negociações do acordo, quando realizado na fase policial, podendo representar ao juiz pela concessão de benefícios e podendo fazer proposta de acordo (§ 6º do art. 4º; art. 6º, II e IV da Lei n. 12.850/2013). Porém, a mesma lei também prevê que, quando o acordo for formalizado entre delegado de polícia e investigado e defensor, exige-se a manifestação do Ministério Público (§2º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013).

⁶⁵ Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Tal exigência não está prevista por acaso. Na negociação de um acordo de colaboração premiada, o Estado deverá ser representado por uma parte para negociar com o pretense colaborador. Tanto a autoridade policial quanto o Ministério Público representam o Estado, contudo, exercem papéis diferentes na persecução penal. A polícia judiciária investiga, cumpre diligências, reúne elementos de informação e os oferece ao Ministério Público, órgão acusatório, titular da ação penal pública, que os analisa e pode decidir pelo arquivamento da investigação, pedir novas diligências, oferecer denúncia ou realizar algum tipo de acordo penal.

Acredita-se que o Ministério Público é a parte legítima para firmar o acordo de colaboração premiada, por poder ofertar todos os benefícios previstos em lei, incluindo deixar de oferecer denúncia, e por ser o representante do Estado na ação penal pública, enquanto seu titular, sendo que ao final realizará o pleito de absolvição ou condenação. Inimaginável que a autoridade policial deixasse de oferecer denúncia, ou pleiteasse o perdão judicial com a discordância da acusação.

A realidade é que, dentre o rol premial constante no *caput* do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, nenhum dos benefícios poderia ser de fato ofertado pelo delegado de polícia, que poderia na prática quiçá somente se comprometer em dialogar, pleitear ao Ministério Público e ao Judiciário que os benefícios fossem concedidos. Entretanto, tal hipótese esbarra novamente na questão de necessidade de concordância do órgão acusatório. Não há como se pleitear e conceder benefícios capazes de impactar na persecução penal sem a concordância do titular da ação penal, em especial dentro dos ditames de um processo penal de um Estado Democrático de Direito.

Outra questão que permite o mesmo raciocínio é quando o investigado procura o Ministério Público para celebrar um acordo de colaboração premiada, e o Ministério Público recusa a proposta, de forma fundamentada. Não se entende como possível que ao colaborador seja concedida uma segunda chance de firmar um acordo com outro representante estatal, pois o Estado é único. Da mesma forma como entendido por parte da doutrina, defende-se que não existe um balcão de negócios da colaboração premiada, em que se tenta com um representante e depois com outro para se firmar o acordo que melhor lhe aprouver.

A Lei n. 12.850/2013 só permite que se faça uma colaboração premiada quando o colaborador assume a prática delituosa, obrigando-se a entregar provas dos crimes praticados pela organização criminosa, por ele narrados, em troca de, ao final, receber benefícios em razão da cooperação.

O colaborador só assume a postura colaborativa porque se beneficiará dela, porém, as versões por ele apresentadas não gozam de presunção de veracidade, pelo contrário. A própria Lei da Organização Criminosa estabeleceu um importante filtro para o que é trazido pelo colaborador, a chamada regra de corroboração, que exige que o colaborador prove as suas alegações, antes de que da sua versão decorram efeitos restritivos sobre os direitos de terceiros, podendo ocasionar acusações injustas.

Como o criminoso colaborador atua motivado por interesses próprios⁶⁶, é necessário quase que um excesso de cautela com os elementos por ele apresentados. Se o pretenso colaborador já tentou colaborar com o Ministério Público, que recusou fundamentadamente o acordo, por que razão outra autoridade poderia firmar o acordo em seu lugar, quando o investigado apresenta os mesmos elementos? Se não há alteração no cenário fático e probatório trazido pelo colaborador, a ele não deve ser conferida uma segunda chance de cooperar e se beneficiar disso com outra autoridade que não possua o mesmo nível de exigência quanto às provas trazidas que o órgão acusatório, por exemplo. E aqui é preciso recordar que os elementos de informação necessários para investigar e indiciar uma pessoa são completamente diferentes dos elementos necessários para acusar e condenar⁶⁷, o que afeta a análise realizada por cada autoridade, que o faz com base no filtro de sua atuação profissional.

Por isso que se concorda que Ministério Público e polícia judiciária deveriam compor uma frente única de negociação em casos de acordos de colaboração premiada a serem firmados na fase policial. Entende-se que a autoridade policial deve sim ter voz em ponderar sobre o peso e utilidade do que existe contra o pretenso colaborador na investigação e

⁶⁶ TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. Sérgio Fernando Moro (trad.). Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/211923727.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2021.

⁶⁷ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 404/405.

sobre os elementos novos que ele entregaria ao Estado, podendo também se manifestar, para fins de sugestão, quanto aos benefícios a serem concedidos caso efetivada a colaboração. Contudo, firmar autonomamente uma colaboração premiada depois do Ministério Público tê-la recusado ou dela discordada é quase como retirar toda a eficácia do instituto.

Isso porque, se o órgão acusatório já não se convenceu de que os elementos trazidos pelo colaborador possam ser úteis à persecução penal, esse mesmo órgão terá que se manifestar novamente quando da instauração ou continuidade das investigações a serem promovidas a partir da colaboração premiada. Se ela foi negada inicialmente, é muito provável que o MP promoverá o arquivamento dos novos inquéritos ou oferecerá denúncia naqueles em que já tenha formado sua *opinio delicti*, não servindo o conteúdo da colaboração premiada para nada, que foi o que aconteceu no caso da colaboração premiada do Sérgio Cabral. Fora isso, em relação ao colaborador, a acusação já teria dito não ter interesse que a ele fosse concedido qualquer benefício, o que significa que haverá interesse em buscar a sua condenação, sem a concessão de nenhum prêmio.

É inegável que a polícia judiciária possui expertise investigativa e o Ministério Público o poder de opinar se há elementos suficientes para acusar, com base nos resultados trazidos pela investigação policial. Existe sim uma necessária relação entre as duas instituições, que devem dialogar entre si para chegar ao melhor resultado possível na repressão dos crimes, o que já é, em parte, estimulado pelo próprio Ministério Público Federal que, na Orientação Conjunta n. 01/2018, elaborada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, dispõe, no capítulo 1, item 2, que “a exclusividade para celebração de acordo de colaboração premiada pelo Ministério Público Federal não impede o auxílio ou a cooperação da Polícia Federal”⁶⁸.

Porém, o poder de barganha é conferido àquele que pode efetivamente dispor dos benefícios a serem oferecidos, como o não oferecimento da denúncia, por exemplo. Além disso, um dos pontos essenciais

⁶⁸ BRASIL. Ministério Público Federal – 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. *Orientação conjunta nº 01/2018*. Dispõe sobre acordos de colaboração premiada. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf> Acesso em: 10 mai. 2022.

da colaboração premiada é que as partes honrem a autonomia de suas vontades, escolhendo negociar entre si, num cenário em que ambas se beneficiem. Quando um colaborador firma um acordo de colaboração premiada com quem não pode se comprometer a oferecer nada em troca além de representar pela concessão de alguns benefícios previstos em lei, e não todos, sendo que a homologação de tal acordo não vincula o outro órgão com poder de acusar, perseguir criminalmente, pedir a condenação e até mesmo recorrer de eventual sentença absolutória, não se enxerga como tal acordo possa de fato ser eficaz. Especialmente nos casos em que a acusação já manifestou não ter interesse em firmar um acordo e conceder benefícios.

Não se visualiza como possível que um magistrado, que não participa das negociações, homologue um acordo de colaboração premiada firmado com a autoridade policial quando a própria acusação se manifestou de maneira contrária a ele. A lei somente é clara em dispor que a manifestação do MP é obrigatória em acordos celebrados pelo delegado de polícia, sem explicar se haveria alguma diferença entre a anuência ou não da acusação. Contudo, em termos práticos, deduz-se que caso o Ministério Público concorde com a proposta, o acordo poderia ser homologado. Contudo, caso discorde, o dispositivo precisa ser interpretado em conjunto com o restante do cenário legal e processual.

Num sistema processual penal em que é conferido ao Ministério Público a titularidade da ação penal, o poder de atuar como revisor da atuação policial e fiscal da lei e à polícia a expertise de investigar, permitir que um acordo seja homologado com a discordância do Ministério Público é inverter os papéis institucionais, sobrecarregar o sistema e ir contra a lógica da justiça penal negociada que prima pela celeridade, eficiência e autonomia privada.

Logo, seja nos casos em que o Ministério Público apresente recusa motivada da proposta oferecida pelo pretense colaborador, ou quando este procura inicialmente a autoridade policial para firmar o acordo, e o MP se posiciona de maneira contrária a sua homologação, entende-se que essa manifestação ministerial é vinculante, sendo necessário, portanto, a anuência do órgão acusatório para que o acordo produza efeitos.

Acredita-se que tal posicionamento respeita todas as previsões legais e administrativas em questão, desde a separação e divisão de

funções entre Ministério Público e Polícia Judiciária, até as disposições da Lei n. 12.850/2013, incluindo aqui os direitos do colaborador, que não correrá o risco de ver o acordo de colaboração premiada firmado com uma autoridade ser posteriormente questionado por outra que com ele não concorda, colocando-o numa situação de nítida vulnerabilidade e insegurança jurídica, e, de certa forma, protegendo eventuais terceiros delatados de possíveis acusações injustas, oriundas de uma colaboração premiada que não se sustenta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar um panorama legal, doutrinário e jurisprudencial sobre os desdobramentos da previsão contida na Lei n. 12.850/2013 de que a autoridade policial poderia firmar acordo de colaboração premiada na fase policial, com a manifestação do Ministério Público. No silêncio da lei e diante de casos práticos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, buscou-se responder a seguinte pergunta: caso o Ministério Público se manifeste contrariamente à celebração do acordo com a autoridade policial, ele poderia ser homologado?

A resposta é que não. A lei exige a manifestação do Ministério Público, e este, enquanto titular da ação penal pública e revisor da atuação policial, precisa anuir com eventual acordo de colaboração premiada firmado pela autoridade policial na fase de investigação para que ele possa produzir efeitos. Se o MP discordar da proposta, não pode o acordo ser homologado.

Reputa-se como acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgRg na Pet. 8.482, que demonstra uma ampliação do debate iniciado na ADI 5.508, com uma evolução e até mudança de posicionamento de alguns ministros. Contudo, acredita-se que a Corte Suprema ainda terá que revisitar o tema a fim de melhor delimitá-lo e esclarecer: se e em quais casos permanece sendo conferido ao delegado de polícia a legitimidade em firmar acordo de colaboração premiada, ou se o seu papel seria apenas de auxiliar na negociação do acordo; quais são os parâmetros para se considerar a recusa do Ministério Público em firmar o acordo suficientemente fundamentada; qual a amplitude da força vinculante da manifestação ministerial nos acordos celebrados pela autoridade policial.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. *Colaboração premiada: o novo paradigma do processo penal brasileiro*, doutrina e prática. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.

CALLEGARI, André Luís. *Colaboração premiada: a discussão do acordo no ‘caso Cabral’*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-27/opinioao-colaboracao-premiada-discussao-acordo-cabral>> Acesso em: 24 jul. 2021.

CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul Marques. *Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAVALLI, Marcelo Costenaro. Duas faces da colaboração premiada: visões “conservadora” e “arrojada” do instituto na lei 12.850/2013. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 255-274.

CORDEIRO, Nefi. *Colaboração premiada: caracteres, limites e controles*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. *Crime organizado: comentários à Lei 12.850/2013*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma - Um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review*, v.7, n.2: 135-189, maio-ago. 2016. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. São Paulo: Juspodivm, 2021.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. *Colaboração premiada: aspectos controvertidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade: In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Tereza de Assis (coord.) *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-104.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2019.

ROSA, Luísa Walter da. *Colaboração Premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador*. Florianópolis: Emais, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André Luiz. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

SANTOS, Rafa; RODAS, Sérgio; VOLTARE, Emerson. *PGR diz que Cabral mente na delação, Fachin recua e acaba negando pedido da PF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-15/questionada-mp-delaacao-cabral-marcada-idas-vindas>. Acesso em: 29 jul. 2021.

SANTOS, Marcos P. D. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49>

SANTOS, Marcos P. D. *Colaboração (delação) premiada*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

TROTT, Stephen S. *O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial*. Sérgio Fernando Moro (trad.). *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/211923727.pdf>> Acesso em: 13 ago. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

WUNDERLICH, Alexandre; [et al]. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada: após a Lei Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

Authorship information

Luísa Walter da Rosa. Mestranda em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal na UFPR. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela PUC Minas e em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Participante do 41º PinCADE. Presidente da Comissão de Investigação Defensiva e Justiça Penal Negociada da OAB/SC. Membro do IBCCrim, IBDPE e AACRIMESC. Autora de livros sobre colaboração premiada e acordo de não persecução penal. Advogada Criminalista. luisawdarosa@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 14/05/2022
- Desk review and plagiarism check: 10/06/2022
- Review 1: 26/06/2022
- Review 2: 18/07/2022
- Transfer for V9N1: 20/12/2022
- Preliminary editorial decision: 03/02/2023
- Correction round return: 26/02/2023
- Final editorial decision: 06/03/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ROSA, Luísa W. A necessidade de anuência do Ministério Público para a homologação de acordo de colaboração premiada firmado pela autoridade policial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 1, p. 457-489, jan./abr. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.718>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

