



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 9 - Nº 03 - set./dez. 2023

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3>





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



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





EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade 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, 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)

Adrian Barbosa e Silva (Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, PA, Brasil)
Adriana Ferreira Serafim de Oliveira (Universidade Estadual Paulista – Rio Claro/SP, Brasil)
Anderson de Paiva Gabriel (pesquisador independente, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
André Mirza (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)
André Rocha Sampaio (Universidade Tiradentes, Maceió, AL, Brasil)
Carmen Walentina Amorim Gaudêncio Bezerra (Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, Brasil)
Chiavelli Fazenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)
Clarissa Guedes (Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil)
Cristina Salgado Alonso (Universidad de Santiago de Compostella, Santiago de Compostella, España)
Daiana Santos Ryu (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)
Daniel Camurça Correia (Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil)
Delia Magherescu (Gorj Bar Association, Targu Jiu, Romaniaia)
Diego Nunes (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)
Fernanda Prates Fraga (Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)
Gustavo Noronha de Ávila (Universidade Estadual de Maringá, Maringá, Paraná, Brasil)
Helena Rocha Coutinho de Castro (Universidade Estadual de Pernambuco, Arcoverde, PE, Brasil)
Hugo Leonardo Santos (Universidade Federal de Alagoas, Maceió/AL, Brasil)

Hugo Soares (Humboldt Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha)

Igor Alves Noberto Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)

João Rafael de Oliveira (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

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

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

Leandro Gornicki Nunes (Universidade da Região de Joinville - Joinville/PR, Brasil)

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

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España)

Marcos Coelho Zilli (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)

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

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

Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade Federal do Ceará e Universidade de Fortaleza - Fortaleza, Ceará, Brasil)

Orlando Faccini Neto (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Pablo García Molina (Universidad de Cádiz, Cádiz, España)

Pablo Polese de Queiroz (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil)

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

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

Priscila Machado Martins (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)

Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Londrina, PR, Brasil)

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

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

Rocío Sánchez Pérez (Universidad Andrés Bello, Santiago, Chile)

Rui Dissenha (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil)

Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia - Salvador/BA, Brasil)

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

Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)

Vinícius Diniz Monteiro de Barros (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

Vinícius Wildner Zambiasi (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil)

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

Sumário

1045 Editorial

- 1047 Editorial – Inteligência artificial e coautoria de trabalhos científicos: discussões sobre utilização de ChatGPT em pesquisa e redação científicas

Editorial – Artificial intelligence and co-authorship of scientific manuscripts: discussions about using ChatGPT in scientific research and writing

Vinicius Gomes de Vasconcellos

1059 Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

- 1061 War-Torn Justice: Empirical Analysis of the Impact of Armed Conflict on Fair Trial Guarantees in Ukraine

Justiça devastada pela guerra: análise empírica do impacto do conflito armado sobre garantias do justo processo na Ucrânia

Kaja Kowalczevska

- 1109 The Impact of the Concept of Continental (Romano-Germanic) Criminal Procedure on the Phenomenon of “Epistemic Injustice”

O impacto do conceito de processo penal continental (romano-germânico) no fenômeno da “injustiça epistêmica”

Maria Rogacka-Rzewnicka

- 1137 Estipulaciones probatorias y verdades negociadas: una reflexión sobre los acuerdos probatorios en el sistema procesal penal colombiano

Evidentiary Stipulations and Negotiated Truths: A Reflection on the Evidentiary Agreements in the Colombian Criminal Procedure System

Andres Felipe Arango Giraldo

Mónica María Bustamante Rúa

1173 Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

1175 Internal investigations in the trial of corporations in Italy: the practical implication of their admissibility for trial purposes

Investigações internas no julgamento de empresas na Itália: implicações práticas de sua admissão para fins de julgamento

Marco Alessandro Bartolucci

1211 Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

1213 Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros

Thinking about the quality of adjudication of facts: a model of improvement based on "learning from errors"

Fernando Braga Damasceno

1257 Ouvir, respeitar, proteger: recomendações para entrevista com mulheres vítimas de violência sexual

Listen, respect, protect: recommendations for interviewing women victims of sexual violence

Arielle Sagrillo Scarpati

William Weber Cecconello

Mônica Bernardes

Sabrina Bianchini

Lilian Milnitsky Stein

1297 Sexual Consent and Epistemic Partiality in Rape Fact-Finding

Consentimento Sexual e Parcialidade Epistêmica em Investigações de Estupro

Talita Ferrantelli

1333 A cadeia de custódia da prova e o relatório de inteligência financeira do COAF/UIF: repercussões do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP no âmbito probatório

The custody of chain and the COAF/UIF's financial intelligence report: repercussions of Extraordinary Appeal No. 1.055.941/SP in the evidentiary scope

Matheus Oliveira Araújo

- 1371 **Balancing Self-Incrimination and Public Safety: A Comparative Analysis of Compelled Smartphone Unlocking in Brazilian and U.S. Legal Systems**

Equilíbrio entre autoincriminação e segurança pública: Uma análise comparativa do desbloqueio compulsório de smartphones nos sistemas jurídicos do Brasil e dos EUA

Rafael Francisco França

- 1421 **O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais**

What exists beyond the word of the victim? The case law of the Superior Court of Justice on evidence in sexual crimes

Hellen Luana de Souza

João Pedro Barione Ayrosa

1451 Processo penal internacional e cooperação jurídica

International criminal procedure and international legal cooperation

- 1453 **La Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y su relación con la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales**

The International Criminal Law Section of the African Court of Justice and Human and Peoples's Rights and its Relationship with the International Criminal Court and National Jurisdictions

Héctor Olasolo

Federico Freydell


Editorial


Editorial – Inteligência artificial e coautoria de trabalhos científicos: discussões sobre utilização de *ChatGPT* em pesquisa e redação científicas

Editorial – Artificial intelligence and co-authorship of scientific manuscripts: discussions about using ChatGPT in scientific research and writing

Vinicius Gomes de Vasconcellos¹

Universidade Estadual de Goiás, Goiânia, Goiás, Brasil
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, Distrito Federal, Brasil
Universidade Católica de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil
vinicius.vasconcellos@ueg.br

 lattes.cnpq.br/9628659956663949

 orcid.org/0000-0003-2020-5516

RESUMO: Este trabalho pretende analisar a utilização de ferramentas de inteligência artificial, como *ChatGPT*, na pesquisa e redação científicas e suas tensões com os requisitos de integridade em coautoria. Assim, almeja-se problematizar a temática e sugerir critérios para definição da coautoria em trabalhos científicos com o uso de ferramentas de inteligência artificial. Conclui-se que, diante do cenário atual, as revistas científicas devem inserir normas sobre a questão, recomendando-se os seguintes parâmetros: 1. mecanismos de inteligência artificial (como *ChatGPT*) não cumprem os requisitos para coautoria; 2. autore/as devem declarar (na metodologia ou nos agradecimentos) a utilização

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (mestrado/doutorado) e da Universidade Católica de Brasília – UCB/DF (mestrado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da *RBDPP*. Advogado.

de mecanismos de inteligência artificial na redação do artigo e/ou nas demais fases da pesquisa científica; 3. autore/as são responsáveis por erros, plágios e outras más-práticas que eventualmente ocorram nas suas pesquisas em razão da utilização de mecanismos de inteligência artificial.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; coautoria; inteligência artificial; ChatGPT; chatbots; integridade científica; editoração.

ABSTRACT: *This paper intends to analyze the use of artificial intelligence tools, such as ChatGPT, in scientific research and writing and its conflicts with integrity standards in co-authorship. Thus, we aim to problematize the theme and suggest criteria for defining co-authorship in scientific works in the perspective of using artificial intelligence tools. It is concluded that, considering the current scenario, scientific journals should introduce policies on the issue, recommending that: 1. artificial intelligence mechanisms (such as ChatGPT) do not satisfy the requirements for co-authorship; 2. Authors must declare (in the methodology or in the acknowledgments) the use of artificial intelligence mechanisms in the writing of the article and/or in the other stages of the scientific research; 3. Authors are responsible for errors, plagiarism and other misconducts that eventually occur in their research due to the use of artificial intelligence mechanisms.*

KEY-WORDS: editorial; co-authorship; artificial intelligence; ChatGPT; chatbots; scientific integrity; editing.

INTRODUÇÃO

O avanço das tecnologias ocasiona relevantes e imprevisíveis impactos na vida humana em geral e na pesquisa científica especificamente. Assim, a sua publicação em revistas é impactada diretamente por inovações na forma de se fazer ciência. Em termos recentes, a propagação do uso de ferramentas de inteligência artificial, como *ChatGPT*, tem gerado discussões pertinentes em relação à sua possível contribuição à pesquisa e à escrita científica e, conseqüentemente, aos critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Por exemplo, se houver a utilização de ChatGPT para produção de parte do texto do artigo, para análise de dados, etc., o mecanismo deve ser listado como coautor do artigo?

Para instigar o debate, apresentamos esse questionamento ao próprio sistema (ChatGPT) e obtivemos uma resposta interessante, embora questionável, para a questão: “A decisão de incluir o ChatGPT como coautor em um artigo científico depende de vários fatores, incluindo o grau de contribuição do modelo para a pesquisa e redação do texto. O ChatGPT é uma ferramenta poderosa para auxiliar na geração de texto e na obtenção de informações, mas seu papel em um projeto de pesquisa pode variar. Aqui estão algumas considerações a serem feitas ao decidir se o ChatGPT deve ser incluído como coautor:

1. **Contribuição Substancial:** Se o ChatGPT desempenhou um papel substancial na criação do conteúdo do artigo, influenciou a análise dos dados, ajudou na formulação das ideias ou desempenhou um papel fundamental na pesquisa, pode haver argumentos para incluí-lo como coautor.
2. **Autores Humanos Principais:** Se a maior parte do trabalho, incluindo o design da pesquisa, a análise dos resultados e a interpretação dos dados, foi realizada por autores humanos, e o ChatGPT foi usado principalmente como uma ferramenta de suporte, a inclusão como coautor pode ser menos justificável.
3. **Agradecimentos:** Em muitos casos, agradecimentos no final do artigo podem ser apropriados para reconhecer a contribuição do ChatGPT. Isso permite destacar a utilização da ferramenta sem necessariamente conceder o status de coautor.
4. **Políticas da Revista:** É importante verificar as políticas da revista à qual você pretende submeter o artigo. Algumas revistas podem ter diretrizes específicas sobre a inclusão de ferramentas ou modelos como coautores.
5. **Transparência e Ética:** Independentemente de incluir o ChatGPT como coautor, é crucial ser transparente sobre a utilização da ferramenta. Isso inclui detalhar como o modelo foi utilizado, qual foi o seu papel e como ele contribuiu para a pesquisa.
6. **Lembre-se de que a ética é uma consideração importante em qualquer decisão relacionada à autoria de um artigo científico.** Se você está em dúvida, é uma boa prática discutir a questão

com seus colaboradores, orientadores ou colegas de pesquisa para obter uma perspectiva mais abrangente e tomar uma decisão informada.”²

Contudo, a resposta retornada pelo ChatGPT não é compatível com a posição majoritária em termos de orientações internacionais de integridade científica.³ Diante disso, este editorial pretende problematizar e sugerir, considerando o cenário atual, critérios para definição da coautoria em trabalhos científicos e o uso de ferramentas de inteligência artificial.

O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PESQUISA E REDAÇÃO CIENTÍFICAS

A utilização de mecanismos de inteligência artificial tem se disseminado no público científico, especialmente a partir da expansão do ChatGPT. A partir de um modelo estatístico e probabilístico, o sistema

² ChatGPT (<https://chat.openai.com/>), acesso em 11 ago. 2023. Comando utilizado: “O ChatGPT deve ser indicado como coautor em artigo científico quando for utilizado na pesquisa ou redação do texto?”.

³ Vale destacar que, em momento posterior, quando da revisão final deste texto, idêntico questionamento foi apresentado ao ChatGPT, em 2 out. 2023 (Comando utilizado: “O ChatGPT deve ser indicado como coautor em artigo científico quando for utilizado na pesquisa ou redação do texto?”) e a resposta foi outra, mais compatível com os parâmetros de integridade aqui propostos, o que demonstra a evolução do sistema: “O uso de ChatGPT, ou qualquer outra ferramenta de IA, na pesquisa ou redação de um artigo científico não requer que o modelo seja listado como coautor. A autoria em um artigo científico deve ser reservada para aqueles que fizeram contribuições intelectuais substanciais para o trabalho. No entanto, é apropriado e ético reconhecer o uso de ferramentas de IA em seus agradecimentos ou na seção de metodologia do artigo. Por exemplo, você pode mencionar que ‘uma parte da pesquisa foi realizada com a assistência do ChatGPT, um modelo de linguagem desenvolvido pela OpenAI’. Além disso, se a plataforma ou a equipe de desenvolvimento da ferramenta de IA (como a OpenAI, no caso do ChatGPT) tiverem fornecido orientações específicas sobre como citar ou referenciar a ferramenta em trabalhos acadêmicos, é importante seguir essas orientações. Em resumo, não é necessário incluir o ChatGPT como coautor, mas é importante reconhecer a contribuição da ferramenta na seção de agradecimentos ou metodologia do artigo. Certifique-se também de seguir quaisquer diretrizes específicas fornecidas pelos desenvolvedores da ferramenta.”

gera uma resposta ao comando inserido pelo usuário, desenvolvendo uma réplica ao questionamento que, em geral, apresenta encadeamento lógico e plausibilidade. Assim, com base nos comandos e informações providos ao sistema, forma-se um banco de dados que constantemente é atualizado e ampliado para fornecimento de respostas mais precisas.

Sem dúvidas, abre-se uma enorme gama de possibilidades e avanços nas diversas áreas das ciências, nas mais distintas etapas do processo de pesquisa, editoração e divulgação científicas.⁴ O sistema pode revolucionar o modo de sistematização de dados, de consolidação de revisões bibliográficas, etc. Contudo, os riscos, especialmente no estágio atual do seu desenvolvimento, são relevantes e precisam ser ponderados, ainda mais ao se considerar a função da equipe editorial de periódicos científicos.⁵

Embora o sistema se aprimore diuturnamente e de um modo extremamente veloz, verifica-se que a resposta ao comando pode resultar comprometida por diversos motivos, como vieses e plágio, tendo em vista as informações que subsidiaram o seu treinamento.⁶ Além disso, o modo de determinação do comando e até mesmo a ordem de sua inserção podem ocasionar respostas distintas e não diretamente relacionadas ao objeto questionado. Diante disso, já há autores que recomendam alterações nos mecanismos para adotar maiores proteções contra plágio e violações de direitos autorais.⁷

⁴ LIRA, R. P. C. et al. Challenges and advantages of being a scientific journal editor in the era of ChatGPT. *Arquivos Brasileiros de Oftalmologia*, v. 86, n. 3, p. 5–7, maio 2023. p. 6.

⁵ VASCONCELLOS, V. G. de. Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* v. 3, n. 1, p. 9–17, 2017.

⁶ LEVENE, Alys. Artificial intelligence and authorship. COPE, Feb. 13, 2023. Disponível em: <<https://publicationethics.org/news/artificial-intelligence-and-authorship>>. Acesso em: 12 ago. 2023; THORP, Holden. ChatGPT is fun, but not an author. *Science*, vol. 379, n. 6630, 2023. p. 313; YOSHINARI JÚNIOR, Gerson H.; VITORINO, Luciano M. How may ChatGPT impact medical teaching? *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 69, n. 4, p. e20230282, 2023.

⁷ NAGPAL, Arth. Authorship in works created by AI. Disponível em: <<https://legaltechcenter.net/files/sites/159/2020/05/Authorship-in-Works-Created-by-Artificial-Intelligence.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2023. p. 9-10.

Na utilização dos sistemas, é fundamental considerar que toda a informação inserida no comando, como artigos e materiais científicos, será considerada na aprendizagem do algoritmo e, assim, poderá ser utilizada por ele em futuras respostas. Isso potencializa o risco de plágio com o passar do tempo. Portanto, autore/as, revisore/as e editore/as precisam adotar postura cautelosa em seu emprego, vedando-se a inserção no sistema de partes do texto em avaliação.

A WAME (Associação Mundial dos Editores em Medicina) esboçou recomendações sobre *chatbots* e inteligência artificial em manuscritos científicos: “1) Somente humanos podem ser autore/as; 2) Autore/as devem declarar as fontes de seus materiais; 3) Autore/as devem se responsabilizar publicamente por seus trabalhos; 4) Editore/as e revisore/as devem indicar especificamente para autores, e reciprocamente, o uso de *chatbots* na avaliação de manuscritos e redação de pareceres e correspondências; e, 5) Editore/as precisam de ferramentas digitais apropriadas para lidar com os efeitos de *chatbots* na publicação”.⁸

De modo semelhante, o COPE (Comitê de Ética na Publicação) adotou posição no sentido de que ferramentas de IA não cumprem os requisitos mínimos de autoria porque não assumem responsabilidade pelo trabalho submetido e não são capazes de constatar a presença ou ausência de conflitos de interesse ou problemas de direitos autorais e licenças. Também ressaltou que autore/as devem declarar como ferramentas de IA foram utilizadas na pesquisa e são responsáveis pelo trabalho integralmente, inclusive trechos eventualmente por elas produzidos.⁹

No mesmo sentido, a revista *Nature*, juntamente aos periódicos da Springer, alterou suas políticas editoriais em sentido semelhante, a partir de dois princípios. Primeiramente, sistemas como ChatGPT não

⁸ ZIELINSKI, WINKER, AGGARWAL, FERRIS, HEINEMANN, LAPEÑA, PAI, ING, CITROME, ALAM, VOIGHT, HABIBZADEH. *Chatbots, Generative AI, and Scholarly Manuscripts. WAME Recommendations on Chatbots and Generative Artificial Intelligence in Relation to Scholarly Publications. WAME*, May 31, 2023. Disponível em: <<https://wame.org/page3.php?id=106>>. Acesso em: 12 ago. 2023 (tradução livre).

⁹ COPE, Authorship and AI tools position statement. Feb. 13, 2023. Disponível em: <<https://publicationethics.org/cope-position-statements/ai-author>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

podem ser indicados como autores, visto que não são responsabilizáveis pela pesquisa e/ou texto. Além disso, autore/as que utilizem tais mecanismos devem declarar isso na seção de metodologia ou agradecimentos do artigo.¹⁰

Com relação à autoria, em editorial anteriormente publicado nesta Revista, assentou-se que, para poder ser considerado autor/a do trabalho, a/o pesquisador/a “deve cumprir requisitos básicos de atuação no sentido de: 1) contribuir efetivamente com a pesquisa (a) em sua concepção ou desenvolvimento, e (b) em sua redação e revisão crítica; 2) aprovar a versão final do artigo e concordar com as ideias sustentadas; e, 3) responsabilizar-se por garantir a integridade da pesquisa e do artigo em sua integralidade”.¹¹ Diante disso, no cenário atual da IA em *chatbots*, tais ferramentas não são capazes de aprovar a versão final do trabalho e concordar com as ideias sustentadas, tampouco de se responsabilizar pela integridade da pesquisa científica.

Para assegurar a transparência necessária à produção de conhecimento científico aberto, autore/as devem declarar a utilização de *chatbots* e mecanismos de inteligência artificial na redação de artigos e nas demais fases da pesquisa científica.¹² Tal declaração deve constar no item de metodologia do trabalho e/ou nos agradecimentos ao final do artigo. Para garantir a repetibilidade do processo, deve-se indicar o comando exato utilizado, qual ferramenta e a data da pesquisa realizada.

Por fim, pensa-se que as políticas aqui recomendadas para atuação de autore/as também se aplicam, na medida de suas respectivas

¹⁰ “Large Language Models (LLMs), such as ChatGPT, do not currently satisfy our authorship criteria. Notably an attribution of authorship carries with it accountability for the work, which cannot be effectively applied to LLMs. Use of an LLM should be properly documented in the Methods section (and if a Methods section is not available, in a suitable alternative part) of the manuscript.” (Disponível em: < <https://www.nature.com/nature/for-authors/initial-submission>>. Acesso em: 12 ago. 2023).

¹¹ VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial – Autoria e coautoria de trabalhos científicos: discussões sobre critérios para legitimação de coautoria e parâmetros de integridade científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n. 1, jan./abr. 2020. p. 19.

¹² TOOLS such as ChatGPT threaten transparent science; here are our ground rules for their use. *Nature*, v. 613, 2023. p. 612.

atribuições, a revisore/as e editore/as. Portanto, todo/as a/os autore/as do processo editorial devem ser transparentes em relação à utilização de *chatbots* e mecanismos de inteligência artificial, responsabilizando-se pelo conteúdo gerado e informando aos demais o seu emprego.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando o cenário atual, pensa-se que as revistas científicas devem inserir normas em suas políticas editoriais e de integridade científica para regular questões de coautoria relacionadas ao uso de inteligência artificial, recomendando-se que: 1. mecanismos de inteligência artificial (como ChatGPT) não cumprem os requisitos para coautoria; 2. autore/as devem declarar (na metodologia ou nos agradecimentos) a utilização de mecanismos de inteligência artificial na redação do artigo e/ou nas demais fases da pesquisa científica; 3. autore/as são responsáveis por erros, plágios e outras más-práticas que eventualmente ocorram em suas pesquisas em razão da utilização de mecanismos de inteligência artificial.

Contudo, por óbvio, ressalta-se que este editorial pode ser rapidamente superado em suas conclusões, considerando-se a veloz alteração das premissas relacionadas às possibilidades e às capacidades das ferramentas de inteligência artificial na sociedade e na pesquisa científica.

REFERÊNCIAS

COPE, *Authorship and AI tools position statement*. Feb. 13, 2023. Disponível em: <<https://publicationethics.org/cope-position-statements/ai-author>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

LEVENE, Alysa. *Artificial intelligence and authorship*. COPE, Feb. 13, 2023. Disponível em: <<https://publicationethics.org/news/artificial-intelligence-and-authorship>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

LIRA, R. P. C. et al. Challenges and advantages of being a scientific journal editor in the era of ChatGPT. *Arquivos Brasileiros de Oftalmologia*, v. 86, n. 3, p. 5–7, maio 2023. <https://doi.org/10.5935/0004-2749.2023-1003>

LOPES, Marcelo Frullani. *Obras geradas por inteligência artificial: desafios ao conceito jurídico de autoria*. 2021. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

NAGPAL, Arth. *Authorship in works created by AI*. Disponível em: <<https://legaltechcenter.net/files/sites/159/2020/05/Authorship-in-Works-Created-by-Artificial-Intelligence.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

TOOLS such as ChatGPT threaten transparent science; here are our ground rules for their use. *Nature*, v. 613, p. 612, 2023. <https://doi.org/10.1038/d41586-023-00191-1>

THORP, Holden. ChatGPT is fun, but not an author. *Science*, vol. 379, n. 6630, p. 313, 2023. <https://doi.org/10.1126/science.adg7879>

VASCONCELLOS, V. G. de. Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* v. 3, n. 1, p. 9–17, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.34>

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

YOSHINARI JÚNIOR, Gerson H.; VITORINO, Luciano M. How may ChatGPT impact medical teaching? *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 69, n. 4, p. e20230282, 2023. <https://doi.org/10.1590/1806-9282.20230282>

ZIELINSKI, WINKER, AGGARWAL, FERRIS, HEINEMANN, LAPEÑA, PAI, ING, CITROME, ALAM, VOIGHT, HABIBZADEH. *Chatbots, Generative AI, and Scholarly Manuscripts*. WAME Recommendations on Chatbots and Generative Artificial Intelligence in Relation to Scholarly Publications. WAME, May 31, 2023. Disponível em: <<https://wame.org/page3.php?id=106>>. Acesso em: 12 ago. 2023.

Authorship information

Vinicius Gomes de Vasconcellos. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduíche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (mestrado/doutorado) e da Universidade Católica de Brasília – UCB/DF (mestrado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da RBDPP. Advogado. vinicius.vasconcellos@ueg.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgment: We used ChatGPT, as pointed in footnotes 2 and 3, to generate an initial answer about co-authorship and artificial intelligence, which is quoted in the introduction of the editorial.

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 assured 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: 10/09/2023
- Editorial review: 30/09/2023
- Final version: 02/10/2023

Editorial team

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

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial - Inteligência artificial e coautoria de trabalhos científicos: discussões sobre utilização de ChatGPT em pesquisa e redação científicas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1047-1057, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.913>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

*Fundamentals of
criminal procedure*


War-Torn Justice: Empirical Analysis of the Impact of Armed Conflict on Fair Trial Guarantees in Ukraine

Justiça devastada pela guerra: análise empírica do impacto do conflito armado sobre garantias do justo processo na Ucrânia

Kaja Kowalczevska¹

University of Wrocław, Wrocław, Poland

kaja.kowalczevska@uwr.edu.pl

 <http://orcid.org/0000-0002-9799-9150>

ABSTRACT: Amidst the ongoing armed conflict triggered by Russian aggression, Ukraine faces the formidable task of upholding fair trial standards and ensuring justice for conflict-related crimes. This research explores the challenges encountered by the Ukrainian judicial system in the aftermath of the aggression. The study investigates the impact of the conflict on the country's ability to prosecute violations of international humanitarian law. Despite the complexity of the situation, Ukraine's judiciary has demonstrated resilience in upholding fair trial guarantees. However, obstacles persist, necessitating a thorough examination of the legal and operational context. The study adopts a systematic approach, delving into contextual considerations, the state of the Ukrainian judiciary, and survey data analysis to highlight organizational, ethical, political and social challenges. The research contributes valuable insights to the discourse on justice and accountability in regions affected by armed conflict, underscoring the need for continuous efforts to safeguard fair trial principles in Ukraine.

KEYWORDS: Ukraine; Armed conflict; Fair trial; Conflict-related crimes; Judicial challenges.

RESUMO: *Em meio ao conflito armado em curso desencadeado pela agressão russa, a Ucrânia enfrenta a enorme tarefa de defender padrões do justo processo*

¹ Ph. D., post-doc conducting research on international law and new technologies, member of the Polish Red Cross Commission for the Promotion of International Humanitarian Law.

e garantir justiça para crimes relacionados com o conflito. Este artigo explora os desafios enfrentados pelo sistema judicial ucraniano após a agressão. O estudo investiga o impacto do conflito na capacidade do país de processar violações do direito humanitário internacional. Apesar da complexidade da situação, o sistema judicial da Ucrânia demonstrou resiliência na defesa de garantias de um julgamento justo. No entanto, persistem obstáculos que exigem uma análise aprofundada do contexto jurídico e operacional. Esta pesquisa adota uma abordagem sistemática, investigando considerações contextuais, o estado do sistema judicial ucraniano e a análise de dados de inquéritos para destacar os desafios organizacionais, éticos, políticos e sociais. A pesquisa apresenta informações valiosas para o debate sobre justiça e responsabilização em regiões afetadas por conflitos armados, sublinhando a necessidade de esforços contínuos para salvaguardar os princípios de um processo justo na Ucrânia.

PALAVRAS-CHAVE: *Ucrânia; conflito armado; justo processo; crimes relacionados com conflitos; desafios judiciais.*

1 INTRODUCTION

Amidst the enduring grip of armed conflict, Ukraine finds itself entangled in a struggle against the aggression perpetrated by the Russian Federation in 2014 that intensified in 2022. Such acts of aggression clearly contravene the fundamental principles of international law, including the provisions delineated in the UN Charter, as well as the peremptory prohibition of aggression.² Consequently, Ukraine faces the arduous task of contending with the occupation of a portion and an ongoing assault in the remainder of the territory, all while simultaneously fulfilling its obligation to defend the country and ensuring the uninterrupted delivery of essential public services to its citizens.

Unfortunately, this ongoing international armed conflict has witnessed alleged egregious violations of international humanitarian law, encompassing war crimes, crimes against humanity, and the looming

² KRESS, Claus. *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*.

specter of possible genocide. In this backdrop, the pressing need for prosecution and justice for the victims becomes increasingly evident. Ukraine is compelled to uphold democratic standards to secure international support while also demonstrating its unwavering commitment to internal societal cohesion by rejecting any semblance of impunity.

The use of force, whether kinetic or cybernetic, disrupts daily life at both public and private levels, leading to a tangible disarray. This observation finds reflection in the normative system, wherein certain provisions of constitutional and international order allow for the reevaluation of priorities and levels of protection for specific goods in the name of overriding necessity. This includes safeguarding values such as public safety, health, and the survival of the state as the basis for derogations from international human rights law (IHRL) obligations. Nonetheless, such situations do not result in a suspension of the law, leaving state institutions and individuals in a sudden regulatory void. This also applies to the judiciary, where certain non-derogable rights and obligations as core of the fair trial standards persist despite changes in factual circumstances. However, their implementation becomes even more intricate during times of conflict compared to periods of peace.

This research endeavors to explore the challenges faced by Ukraine as it grapples with its obligation to maintain fair trial, affording all essential judicial guarantees in the aftermath of Russia's aggression. The central research question guiding this investigation is: What are the challenges Ukraine faces in upholding the fair trial standard after Russia's aggression in the context of prosecuting conflict-related crimes?

The outlined analysis necessitates a delineation of the notion of conflict-related crimes.³ A widely recognized classification of core international crimes pertains to offenses that pose a threat to global peace, security, and the overall well-being of the international community.⁴ However, due to legislative gaps and lack of prosecutorial and judicial

³ The concept of conflict-related crimes is borrowed from the Global Rights Compliance report comprehensively describing legal implications of such a classification of violations. GLOBAL RIGHTS COMPLIANCE. *The Enforcement of International Humanitarian Law in Ukraine*, 2022, p. 22–26, 43–36.

⁴ This category encompasses genocide, war crimes, crimes against humanity, torture, and enforced disappearances.

acknowledgment of Ukraine's involvement in armed conflict,⁵ many violations were and potentially will be prosecuted as ordinary crimes arising from an emergency situation known as the Anti-Terrorist Operation,⁶ rather than as core international crimes. While not inherently prohibited, an erroneous categorization of an act can result in insufficient sentencing and, notably, distort the perception of the extent of violations stemming from the ongoing conflict.⁷

In this paper, I posit that despite the ongoing armed conflict, the Ukrainian judicial system has not collapsed and demonstrates sufficient capacity to uphold fair trial standards in conflict-related cases. Nevertheless, the Ukrainian judicial system has not been immune to obstacles. This study seeks to offer a concise and informative examination of the legal and operational context in which Ukraine is situated. Through the analysis of survey data, valuable insights were obtained regarding the impact of ongoing hostilities and the overall situation in the country on the attainment of fair trial, specifically in conflict-related criminal cases.⁸

⁵ Non-international armed conflict since 2014 (NIAC) and subsequently in an international armed conflict (IAC) from 2022. *International armed conflict in Ukraine* | Rulac. Available at: <<https://www.rulac.org/browse/conflicts/international-armed-conflict-in-ukraine>>. Access on: July 5, 2023; GLOBAL RIGHTS COMPLIANCE. *The Enforcement of International Humanitarian Law in Ukraine*, p. 22, 76.

⁶ ZIMMERMAN, Vera. *What Does Ukraine's New Military Approach Toward the Donbas Mean?*, Atlantic Council, 2018.

⁷ For instance, separatists were convicted for participation in a terrorist group instead of a war crime for killing a captured serviceman. GLOBAL RIGHTS COMPLIANCE, *The Enforcement of International Humanitarian Law in Ukraine*, p. 56–57.

⁸ The use of the latter term (instead of core international crimes) was intended to allow survey respondents to accurately articulate their experiences following the events of 2014, particularly considering the limited timeframe between the full-scale aggression and the relatively low number of trials conducted in a formally acknowledged IAC context (31 convictions of Russian war criminals), juxtaposed with a significant number of 80,000 registered incidents of potential war crimes. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Additional U.S. Support Needed for Ukraine War Crimes Investigations and Prosecutions*. Available at: <https://www.americanbar.org/advocacy/governmental_legislative_work/publications/washingtonletter/may-23-wl/ukraine-0523wl/>. Access on: July 5, 2023.

This research article adopts a systematic framework, consisting of three primary sections. The contextual section emphasizes the importance of the fair trial principle during armed conflict and investigates various international and national avenues for prosecuting individuals involved in conflict-related crimes. The second section presents the condition of the Ukrainian judiciary. The third section delineates the methodology employed in the survey and presents the survey findings, which confirm the organizational and normative, ethical, and political challenges confronted by the Ukrainian judiciary. Ultimately, conclusions synthesize the key findings and implications derived from the study.

2 UNVEILING THE CONTEXT

2.1 DENIAL OF FAIR TRIAL GUARANTEES AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL CRIME

The standard of fair trial is a fundamental principle of IHRL and is enshrined in various international instruments, including the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), regional human rights treaties such as the European Convention on Human Rights (ECHR), and domestic law. Amidst the differing perspectives, a fundamental nucleus of elements exists that enjoys a consensus and is indisputably integral to the concept, even in times of armed conflict. It is commonly understood that the fair trial standard encompasses such elements as impartiality, equality before the law, adequate legal representation, presumption of innocence, right to be informed, timely trial, public hearing, examination of witnesses and evidence, and protection against self-incrimination. By recognizing and upholding these fundamental components, the standard of fair trial aims to secure the integrity, impartiality, and legitimacy of legal proceedings, ensuring that individuals facing criminal charges are afforded a genuine opportunity to present their case, challenge the evidence brought against them, and receive a just and equitable judgment. By maintaining fair and impartial proceedings, democratic societies demonstrate their resilience and commitment to justice, even in the face of adversity.

In the context of armed conflict, although the ECHR and ICCPR do not explicitly provide a separate set of simplified basic standards for fair trials, it has been acknowledged that adjustments or accommodations may be necessary due to the exceptional circumstances prevailing during armed conflicts. For instance, emergency laws may be enacted to introduce simplified procedures or temporarily suspend certain procedural formalities. Additionally, judges may be granted a significant degree of judicial discretion, allowing them to adapt procedural rules to suit the unique needs of the prevailing situation. Still, any adjustments must uphold core principles of fairness and human rights protection.

Despite Ukraine's submission of multiple derogations since 2015,⁹ these measures have proven inadequate in their objective to totally derogate from fair trial guarantees. This is because this legal standard is a non-derogatory right, as guaranteed by Article 6 of the ECHR¹⁰ and Article 14 of the ICCPR.¹¹ Therefore, Ukraine is still bound to adhere to the fundamental principles of fair trial guarantees and can be held accountable before the Strasbourg court for any potential violations.

The recognition of the denial of fair trial as a war crime finds firm footing within the realms of international humanitarian law (IHL)¹² and the International Criminal Court (ICC) Rome Statute.¹³ Furthermore,

⁹ *Informal chronology of derogations under Article 15 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS no. 5)*: Council of Europe, 2022.

¹⁰ *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*: Council of Europe, 2022.

¹¹ *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, Geneva: UN Human Rights Committee, 2007; *General comment no. 29, Article 4, States of emergency*, UN Human Rights Committee, 2001, parag. 3.

¹² ICRC, *Fair Trial Guarantees*, IHL Databases. Available at: <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule100>>. Access on: July 5, 2023; Article 85(4)(e) Protocol Additional (I) to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of international armed conflicts.

¹³ In case of IAC: Article 8(2)(a)(vi) and in NIAC: Article 8(2)(c)(iv) Rome Statute of the International Criminal Court. The regulation of the crime of denial of fair trial varies depending on the nature of the armed conflict, with the term "denial of judicial guarantees" being used in the context of NIAC.

should the conditions of widespread or systematic conduct be fulfilled, it may also warrant classification as a crime against humanity.¹⁴ Regrettably, prosecutions related to this offense before international tribunals have been infrequent since the culmination of the Second World War, thus adding to the intricate nature of its interpretation and underlying principles. In general, it is important to distinguish between cases where no trial took place or where the trial was conducted in such a deficient manner that it failed to meet the criteria of a fair trial.¹⁵ Nonetheless, as aptly pointed out by Marchesi, numerous unanswered questions persist regarding the precise parameters of this latter case.¹⁶ Given the prevailing uncertainties surrounding the issue, it is reasonable to surmise that the gravity of fair trial violations, particularly those reaching the extent of complete absence of trials (like a mock trial), increases the likelihood of prosecution under the international criminal law (ICL) framework. However, ultimately each violation will be examined on a case-by-case basis.

2.2 EXAMINING COMPLEMENTARY PROSECUTION OPTIONS FOR CRIMES COMMITTED IN UKRAINE

Following the escalation of hostilities after February 24, 2022, there has been a surge in reports detailing alleged grave breaches of IHL, violations of human rights, and war crimes and crimes against humanity.¹⁷

¹⁴ DEPIAZZA, Jennifer, Denial of Fair Trial as an International Crime. Precedent for Pleading and Proving it under the Rome Statute, *Journal of International Criminal Justice*, n. 15, p. 257–289, 2017.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ These lingering uncertainties encompass crucial aspects: the interpretation of IHL judicial guarantees, the interplay between IHRL and its jurisprudence in their interpretation, the determination of which violated guarantees trigger criminal responsibility, the necessity of assessing the fairness of proceedings as a whole, the potential criminalization of additional judicial guarantees from IHRL, and whether the denial of a fair trial without a conviction constitutes a war crime. MARCHESI, Diletta, The War Crimes of Denying Judicial Guarantees and the Uncertainties Surrounding Their Material Elements, *Israel Law Review*, v. 54, n. 2, p. 174–204, 2021.

¹⁷ BENEDEK, Wolfgang; BÍLKOVÁ, Veronika; SASSÒLI, Marco, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022*, OSCE,

The massacres that transpired in Bucha¹⁸ and Mariupol¹⁹ garnered significant attention from the global public. Confronted with the magnitude of these infractions and the lack of action from the UN Security Council, the international community has amplified its efforts to provide assistance. Among the forms of support offered, various investigations have been initiated, garnering recognition as the “Ukraine moment” due to their extensive scope, yet also attracting global criticism for perceived selectivity.²⁰ The variety of initiatives and their extent needs to be synthesized in order to better reflect the perspective of the prosecution of war criminals, in which the Ukrainian justice system is not left to its own devices.

Moreover, I believe that we are witnessing the emergence of a novel ecosystem characterized by digitalization and democratization of international criminal justice efforts. The profound significance of employing innovative technologies for purposes such as evidence gathering, victim data collection, and damage assessment cannot be overstated. Simultaneously, these endeavors are increasingly being carried out through the collaborative engagement of state and international authorities with civil society at large. These factors have become crucial in addressing the fact-rich and resource-intensive nature of investigations

2022; Resolution ES-11/1. Aggression against Ukraine; Resolution 49/1. Situation of human rights in Ukraine stemming from the Russian aggression; European Parliament resolution of 23 November 2022 on recognising the Russian Federation as a state sponsor of terrorism; Resolution. Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine; *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, United Nations Human Rights Council, 3023; *Emergency in Ukraine: external situation report. Reporting period: 28 July–10 August 2022*, WHO, 2022; *Human rights in Ukraine*, Amnesty International. Available at: <<https://www.amnesty.org/en/location/europe-and-central-asia/ukraine/report-ukraine/>>. Access on: July 5, 2023; HUMAN RIGHTS WATCH, *Ukraine: Events of 2022*, World Report 2023. Available at: <<https://www.hrw.org/world-report/2023/country-chapters/ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

¹⁸ SAVITSKY, Alexander, *The mass graves of Bucha*, DW, 2022; Bucha killings: Satellite image of bodies site contradicts Russian claims, BBC News, 2022.

¹⁹ “It was a massacre”: Mariupol residents recall battle for Ukrainian city, Reuters, 2022.

²⁰ LABUDA, Patryk I., Beyond rhetoric: Interrogating the Eurocentric critique of international criminal law’s selectivity in the wake of the 2022 Ukraine invasion, *Leiden Journal of International Law*, p. 1–22, 2023.

into core international crimes. However, in the realm of international criminal justice, the proliferation of such diverse initiatives entails certain risks that warrant careful consideration (the potential for duplication and confusion arising from inconsistent mandates among various actors, the potential re-traumatization of victims, and the waste of valuable resources). Consequently, the coordination of activities and databases established represents a significant challenge to the efficacy of the system. Furthermore, there are indications that the “Ukraine moment” presents a breakthrough in this regard, as evidenced by the technological initiatives outlined below and the tangible significance of nongovernmental organizations (NGOs) supporting authorities in training efforts and documentation of violations.

2.2.1 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT AND INVESTIGATION ON THE SITUATION IN UKRAINE

Ukraine is not a State Party to the Rome Statute but pursuant to Article 12(3) of the Statute, the Government of Ukraine accepted ICC jurisdiction with respect to alleged crimes committed on Ukrainian territory from November 21, 2013.²¹ On March 2, 2022, the ICC Prosecutor opened an investigation into the situation in Ukraine following the 39 States Parties referrals.²² This investigation pertains to allegations of war crimes, crimes against humanity, and genocide, with the notable exclusion of the crime of aggression due to the stringent jurisdictional requirements associated with it.²³ The ongoing investigation encompasses the examination of Rome Statute crimes committed by various parties

²¹ Recognition of the ICC jurisdiction by the Government of Ukraine in 2014; Recognition of the ICC jurisdiction by the Government of Ukraine in 2015.

²² *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation*, International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>>. Access on: July 5, 2023.

²³ KRESS, Claus; HOBE, Stephan; NUSSBERGER, Angelika, *The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to Fill the Gaps in the International Legal System*. JustSecurity.

engaged in the conflict, including the Ukrainian government forces, separatist groups, and other relevant actors.

Given the substantial financial and resource limitations faced by the Office of the Prosecutor (OTP), as it lacks its own police or executive forces, the efficacy of the investigation relies heavily on the support extended by the States Parties.²⁴ The “Ukrainian moment” serves as a notable example that such backing is attainable when there exists sufficient political determination, even from states with historically strained relations with the ICC.²⁵ The provision of financial and human resources has facilitated the largest deployment of OTP personnel in the field since its establishment.²⁶ Also, in March 2023, the ICC Prosecutor introduced a novel application called OTPLink, allowing external stakeholders and witnesses to submit evidence electronically through online platforms and email.²⁷

²⁴ *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Contributions and support from States Parties will accelerate action across our investigations*, International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-contributions-and-support-states-parties-will>>. Access on: July 5, 2023; *Lithuania intends to allocate EUR 100,000 to Hague Process over war in Ukraine*, Delfi EN. Available at: <<https://www.delfi.lt/en/politics/lithuania-intends-to-allocate-eur-100-000-to-hague-process-over-war-in-ukraine-89663335>>. Access on: July 5, 2023; MINISTÈRE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, *International Criminal Court investigation into crimes committed in Ukraine* (23 Mar. 2022), Available at: <<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/ukraine/news/article/international-criminal-court-investigation-into-crimes-committed-in-ukraine-23>>. Access on: July 5, 2023; CORDER, Mike. *Coalition backs war crimes probe over Russia-Ukraine war* | AP News, AP News, 2022.

²⁵ BUCHWALD, Todd, *Unpacking New Legislation on US Support for the International Criminal Court*.

²⁶ *ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces deployment of forensics and investigative team to Ukraine, welcomes strong cooperation with the Government of the Netherlands*, International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-announces-deployment-forensics-and-investigative-team-ukraine>>. Access on: July 5, 2023; PRESS, Associated, *Millions in Extra Funding Pledged for ICC Work in Ukraine*, VOA, 2023.

²⁷ *OTP Link*, International Criminal Court. Available at: <<https://otplink.icc-cpi.int/>>. Access on: July 5, 2023.

On March 17, 2023, the ICC Pre-Trial Chamber II issued arrest warrants for two individuals in relation to the situation in Ukraine.²⁸ These individuals are Mr. Vladimir Vladimirovich Putin, President of the Russian Federation, and Ms Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Commissioner for Children’s Rights in the Office of the President of the Russian Federation. This significant development aligns with the ICC’s mandate to hold accountable those responsible for grave crimes, including heads of state and government officials. While the practical likelihood of successfully prosecuting these defendants in The Hague may be low, the issuance of these arrest warrants carries significant political implications.²⁹ It sends a strong message that impunity will not be tolerated, while also symbolically upholding the fundamental principles of ICL and offering hope to the victims who have been awaiting justice.

Considering the aforementioned factors, including the inherent principle of complementarity in the ICC,³⁰ which establishes its reliance on national justice systems, it is not feasible to expect the OTP investigation to comprehensively address all war criminals or provide justice for every victim of war. Hence, the ICC serves as the central pillar of the international criminal justice system, complemented by regional and national mechanisms, including those operating under the principle of universal jurisdiction.

2.2.2 REGIONAL AND STATE INITIATIVES

Universal or national jurisdiction investigations in relation to the crimes committed during the 2022 Russian invasion of Ukraine are conducted by individual states in their domestic legal systems. According to the recent Trial International report, a total of eleven investigations

²⁸ *Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*, International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>>. Access on: July 5, 2023.

²⁹ JACKSON, Miles, *The ICC Arrest Warrants against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova – An Outline of Issues*.

³⁰ Article 1 Rome Statute.

pertaining to international crimes committed in Ukraine have been initiated in various European countries and Canada³¹. Also, several public prosecutors have commenced “structural investigations” aimed at gathering evidence concerning the crimes committed during this armed conflict, with the purpose of proactively constructing cases for potential future criminal proceedings, rather than initially targeting specific individuals or incidents.³² This aspect of the “Ukrainian moment” highlights the increasing prominence of universal jurisdiction as a mechanism for addressing international crimes. These investigations hold significant importance as they encompass a wider jurisdictional scope when compared with the ICC, extending to the prosecution of aggressive war crimes, as exemplified by the case of Poland.³³ However, it is essential to acknowledge the complex and contentious issue of immunities, which poses a legal constraint by preventing the prosecution of heads of state.³⁴

A joint investigation team has been established via Eurojust, involving seven European countries and the ICC, in order to coordinate and strengthen their collective endeavors in the prosecution of crimes committed in Ukraine.³⁵ Two notable initiatives have emerged as pivotal in these efforts. Firstly, recognizing the inherent challenges pertaining to evidentiary matters in such investigations, the establishment of the Core International Crimes Evidence Database announced the intensification of international efforts in this regard. This database has received numerous files from various countries, including Ukraine, for the purpose of preservation and analysis. Secondly, Eurojust has taken the lead in hosting

³¹ Estonia, France, Latvia, Lithuania, Germany, Norway, Poland, Slovakia, Spain, Switzerland, and Sweden. LEVY, Shoshana, *Universal Jurisdiction Annual Review 2023*, TRIAL International, p. 10.

³² Sweden, France, and Germany. *Ibid.*

³³ Polish prosecutors launch investigation into Russia’s attack on Ukraine, *The First News*, 2022.

³⁴ LEMOS, Miguel, *The Law of Immunity and the Prosecution of the Head of State of the Russian Federation for International Crimes in the War against Ukraine*.

³⁵ *Eurojust and the war in Ukraine*. Available at: <<https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-and-the-war-in-ukraine>>. Access on: July 5, 2023. The participating countries include: Ukraine, Lithuania, Poland, Estonia, Latvia, Slovakia, and Romania.

the International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression Against Ukraine. This unique judicial hub, launched on July 3, 2023, serves as a catalyst for cooperation among national prosecutors, facilitating the exchange of evidence and fostering a shared prosecution strategy specifically in the context of crimes of aggression. This initiative is the first practical undertaking in the debate on a forum or tribunal that could try those responsible for Russian aggression.³⁶ Eurojust also hosts the Genocide Network, a hub for expertise exchange in investigating and prosecuting genocide, crimes against humanity, and war crimes.

Also, at the Council of Europe Summit in Reykjavik in May 2023, 46 member states and several non-member states reached an agreement to establish the Register of Damage for Ukraine.³⁷ This database aims to serve as a comprehensive repository of evidence and claims information regarding the damage, loss, or injury incurred by all affected natural and legal persons and the State of Ukraine since February 24, 2022.

In addition to cooperation and support networks and new evidence data repositories, both the Council of Europe and the European Union offer Ukraine multifaceted programs of support for judicial reform,³⁸

³⁶ ANDERSON, Janet, Everything you need to know or argue about a special tribunal on Russia's crime of aggression – JusticeInfo.net, 2022; CORTEN, Olivier; KOUTROULIS, Vaios, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine – a legal assessment*, Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the European Union, 2022; HELLER, Kevin Jon, Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea; MCDOUGALL, Carrie, Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics.

³⁷ *Register of Damage for Ukraine*. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/register-of-damage-for-ukraine>>. Access on: July 5, 2023; MEŻYKOWSKA, Aleksandra, Establishment of the Registry of Damage – The first element in ensuring Russia's financial accountability for the aggression against Ukraine, *ESIL Reflection*, v. 12, n. 3, 2023.

³⁸ *EU solidarity with Ukraine*. Available at: <https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu/index_en>. Access on: July 5, 2023; *Support to the functioning of justice in the war and post-war context in Ukraine*, Council of Europe Office in Ukraine. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/kyiv/support-for-judicial-institutions-and-processes-to-strengthen-access-to-justice-in-ukraine>>. Access on: July 5, 2023; *Pravo-Justice*. Available at: <<https://www.pravojustice.eu/>>. Access on: July 5, 2023.

whether in the light of possible accession to the EU³⁹ or the fulfilment of obligations as a member of the Council of Europe.

The legal and institutional landscape described above exemplifies the substantial international and regional support garnered by intergovernmental organizations and individual states (also outside the region), contributing to what has been coined as the “Ukraine moment”. While eleven domestic investigations have been launched, their outcomes remain uncertain, as their future trajectory largely hinges on the political determination to allocate resources toward achieving justice for Ukraine. Nevertheless, what unifies these initiatives is the robust cooperation and knowledge sharing with Ukrainian law enforcement agencies and the justice system. This collaborative approach should be recognized as both valid and commendable, as the Ukrainian authorities shoulder the primary responsibility for ensuring accountability and justice for the victims. With the aid of international assistance and the utilization of digital infrastructure, their prospects for achieving this goal are significantly enhanced.

3 EXAMINING THE CONDITION OF THE UKRAINIAN JUDICIARY: ASSESSING CAPACITIES AND CHALLENGES

The armed conflict poses a formidable obstacle for any nation and its governing institutions. In the context of Ukraine, international support assumes particular significance due to the inherent deficiencies of its justice system, which had long been in a state of flux even prior to the onset of extensive aggression. The effective operation of the justice system necessitates substantial efforts during and following the armed conflict. Furthermore, the system’s structure and capacity to resist undue influence, especially in prosecuting individuals implicated in the aggression, play a pivotal role in ensuring Ukraine’s adherence to

³⁹ MAASIKAS, Matti, *All Ready for the Judicial Reform?*. Available at: <https://www.eas.europa.eu/delegations/ukraine/all-ready-judicial-reform_en?s=232>. Access on: July 5, 2023; *Ukraine and the EU membership application*. Available at: <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ukraine/>>. Access on: July 5, 2023.

its international commitments under IHRL and ICL. Hence, a concise depiction of the present condition of the Ukrainian judicial system serves as a contextual introduction to the survey results, which elucidate the practical challenges encountered in individual cases.

3.1.1 INSTITUTIONAL REFORM

Since 2014, Ukraine has undertaken significant reforms in its judicial system with the aim of increasing its independence, transparency, and efficiency.⁴⁰ These reforms were implemented in response to longstanding concerns about corruption, political influence, and a lack of public trust in the judiciary. The judicial reform in Ukraine encompassed several significant measures, including the establishment of key institutions, involvement of civil society representatives, and the temporary engagement of international experts.⁴¹ Notable steps include the establishment of the High Anti-Corruption Court of Ukraine in 2019⁴² and the 2021 reform of two key bodies responsible for judicial self-governance: the Selection Commission for the High Qualification Commission of Judges and the Ethics Council of the High Council of Justice.⁴³ Furthermore, since 2016, the Public Integrity Council has been implementing a comprehensive vetting process to assess the integrity and qualifications of incumbent judges.⁴⁴

This institutional reform holds significant implications for assessing violations of fair trial guarantees in two key aspects. Firstly,

⁴⁰ *Judicial reform in Ukraine: a short overview*. Available at: <<http://en.dejure.foundation/library/judicial-reform-in-ukraine-what-has-changed-for-the-last-three-years>>. Access on: July 5, 2023; Timeline of the Judicial Reform; HRYSHCHENKO, Kateryna; VALKO, Vadym; CHYZHYK, Tetiana, *Reforms in the Rule of Law in Ukraine. Report for 2022*, DEJURE Foundation, 2022.

⁴¹ CHYZHYK, Halyna, Judicial Reform in Times of War.

⁴² Ukraine's President Creates Anti-Corruption Court, Radio Free Europe/Radio Liberty.

⁴³ The HQC conducts competitive and transparent examinations and interviews to evaluate candidates' qualifications and integrity, while the HCJ's Ethics Council nominates judges for appointment by the president. CHYZHYK, Judicial Reform in Times of War.

⁴⁴ HOPPE, Tilman, International integrity vetting of public officials: guest blog.

as DiPiazza suggests,⁴⁵ the lack of *de jure* and *de facto* independence and impartiality in the administration of justice can serve as evidence of the manipulation of the judicial system to advance governmental policies, as seen in the *Justice* case⁴⁶ concerning Nazi Germany. In the case of Ukraine, such manipulation of the justice system may serve the interests of influential groups rather than the government, as evidenced by cases involving widespread corruption. This is exemplified by the revelations concerning the Constitutional Court.⁴⁷ Secondly, the overall state of the national proceedings is considered by the ICC when evaluating the admissibility of a case, employing the “unable and unwilling” doctrine as a criterion.⁴⁸ Hence, the reform measures have garnered significant international support, emphasizing the ongoing importance of maintaining a fair and effective judicial system, even in the midst of armed conflict.⁴⁹

3.1.2 LEGISLATIVE SHORTCOMINGS

In addition to institutional weaknesses, the presence of inadequate and potentially discriminatory laws or policies contributes to the potential denial of fair trial. Ukraine has initiated the amendment of specific legislative acts to incorporate the norms of IHL and ICL into national legislation. The War Crimes Draft Bill (Draft Bill no. 2689)⁵⁰ expands jurisdiction of the Ukrainian courts to prosecute war crimes, crimes against humanity, aggression, and other conflict-related crimes, clarifies command responsibility and definitions of war crimes and aggression,

⁴⁵ DEPIAZZA, Denial of Fair Trial as an International Crime. Precedent for Pleading and Proving it under the Rome Statute, p. 269–271.

⁴⁶ United States of America v. Alstötter et al.

⁴⁷ HUBENKO, Dmytro, Ukraine: “Large-scale corruption” in Supreme Court reported, DW, 2023.

⁴⁸ AGIRRE, Xabier; ET. AL., *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, International Criminal Court, 2003, p. 13–15.

⁴⁹ *The Ukrainian Judicial System in a Time of Armed Conflict*, International Commission of Jurists, 2022.

⁵⁰ Draft Bill No. 2689 on Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine concerning the implementation of the norms of International Criminal and Humanitarian Law – comparative table.

introduces the definition of crimes against humanity, and strengthens penalties and sentencing guidelines. However, despite its adoption by the Ukrainian parliament in May 2021, its implementation is pending the signature of the president.

The lack of political will to finalize this reform, as well as the reluctance to ratify the Rome Statute (with Ukraine still withholding its signature),⁵¹ is closely linked to concerns regarding the application of inconsistent standards to perpetrators of atrocities. In light of the existing legal framework, the resistance exhibited by certain politicians and high-ranking military officials, who express concerns over the potential prosecution of Ukrainian citizens for IHL violations, appears contradictory and unsustainable. Such an attitude is perplexing, considering that Ukraine's recognition of the ICC jurisdiction already provides a pathway for the OTP to investigate and potentially prosecute its citizens. Similarly, albeit to a somewhat more limited degree, domestic law enforcement agencies have the authority to prosecute all individuals for their involvement in IHL violations. This apprehensive stance suggests a partial pursuit of justice, wherein discrimination against one group (those aligned with Russia) and lenient treatment toward others (those supporting Ukraine) undermine the fundamental principles of ICL. Such actions, in turn, may give rise to allegations of a persecutory nature⁵² in denying individuals their right to a fair trial and may prove a selective "willingness"⁵³ in the admissibility test before the ICC.

3.1.3 TECHNOLOGICAL ADVANCEMENTS AND SUPPORT

As previously discussed, the investigation of international crimes in contemporary times relies heavily on advanced technologies. Furthermore, the global impact of the COVID-19 pandemic has prompted numerous judicial systems to expedite their digital transformation.

⁵¹ BULEIKO, Mariia, Why Has Ukraine Not Ratified the Rome Statute?

⁵² DEPIAZZA, Denial of Fair Trial as an International Crime. Precedent for Pleading and Proving it under the Rome Statute, p. 272–273.

⁵³ AGIRRE; ET. AL., *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, parag. 45.

The implementation of the judicial system digitalization reform in Ukraine, which commenced in 2017⁵⁴ and underwent testing during the COVID-19 pandemic, has significantly contributed to the resilience and accessibility of the justice system during hostilities. Ukraine implemented the Unified Judicial Information and Telecommunication System (UJITS)⁵⁵ to improve efficiency and transparency in the judicial process. UJITS enables electronic filing, case management, and public access to court decisions, enhancing accountability and reducing opportunities for corruption.

What is more, the implementation of electronic identity documents, exemplified by the Diia application, has not only provided Ukrainian citizens with expanded access to public services including courts, particularly beneficial for war refugees residing abroad, but has also facilitated improved communication between the government and citizens amidst the ongoing armed conflict.⁵⁶ Two applications developed by the Ukrainian government are particularly relevant in terms of collecting data on violations: WarCrimes.gov.ua, where victims and witnesses of violations can send information about evidence, and ChildrenOfWar.gov.ua, which aims to report child abductions and help families find them.

Last but not least, law enforcement authorities, both national and international, can greatly benefit from the significant support provided by NGOs in collecting information and evidence related to violations.⁵⁷ While NGOs vary in terms of professionalization, they possess substantial human resources and motivation, often serving as first responders at crime

⁵⁴ SHENK, Olga; PROTSIUK, Oleksandr; HRYSHYN-HRYSHCHUK, Roman, *Digital Litigation in Ukraine | CMS Expert Guide*. Available at: <<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-digital-litigation/ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

⁵⁵ *Unified Judiciary Information and Telecommunication System Development Strategy*, Pravo-Justice, 2019.

⁵⁶ THELWELL, Kim, Ukrainian Diia App Helps Refugees Receive Aid and News. The Ukrainian government has developed applications such as Air Raid Alert (to warn of impending air raids and the need to take shelter), eEnemy and ePPo (allowing citizens to send data to the military on the location of the enemy), UNITED24 (a crowdfunding platform for the war effort), or TacticMedAid (containing data on how to provide first aid).

⁵⁷ *Ukraine 5 AM Coalition*. Available at: <<https://www.5am.in.ua/en>>. Access on: July 5, 2023.

scenes. Consequently, they have emerged as one of the crucial actors in the pursuit of international justice⁵⁸ and sustainable peace.⁵⁹ Also, the Ukrainian judicial reform underscored the indispensable role of NGOs in advancing the principles of the rule of law, particularly through their involvement in transparency and vetting procedures within the Public Integrity Council.

After presenting the general condition of the Ukrainian judiciary and the support provided by foreign and nongovernmental actors, including through new technological solutions, the next section will present the findings of empirical research conducted with practitioners operating within the system. Notwithstanding the absence of systemic collapse, the Ukrainian judiciary confronts a range of challenges that can be traced back to the pre-war era and have been further intensified by the ongoing hostilities. In light of this, a survey was undertaken among judges and defense counsels involved in handling conflict-related crimes, with the aim of gaining insights into and enhancing comprehension of the barriers impeding the attainment of a fair trial standard in practice.

4 CHALLENGES IN UPHOLDING FAIR TRIAL GUARANTEES AMIDST UKRAINE'S ARMED CONFLICT: A SURVEY STUDY

4.1 METHODOLOGY

The survey was conducted in an online format, utilizing an activation link distributed to judges and defense counsels through the National School of Judges and the Ukrainian Bar Association. This method of dissemination aimed to mitigate the risk of unsolicited responses, such as trolling. It is important to note that while the survey ensured anonymity, there was a potential for individuals outside the intended target group

⁵⁸ *Shared Guiding Principles on Accountability for Grave Crimes Committed in Ukraine*. Available at: <<https://www.coalitionfortheicc.org/news/20230405/shared-guiding-principles-accountability-grave-crimes-committed-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

⁵⁹ *The Nobel Peace Prize 2022*. Available at: <<https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2022/press-release/>>. Access on: July 5, 2023.

to complete the survey. The survey questionnaire consisted of 17 open-ended and seven closed multiple-choice questions. Participants had the option to complete the survey in either Ukrainian or Russian, with the questions presented in Ukrainian after being translated from English by associates of the Sunflowers Project Foundation. Only questions regarding the type of legal profession practiced and the date of starting the profession were mandatory. Data collection took place between April 20 and May 9, 2023, resulting in a total of 94 participants, including 21 judges and 73 defense counsels (Table 1).

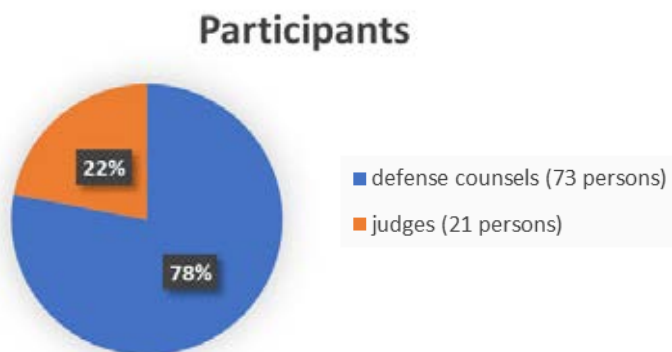


FIGURE 1. Participants. Source: Survey “Challenges in Upholding Fair Trial Guarantees amidst Ukraine’s Armed Conflict,” April 20–May 9, 2023.

To assess the respondents’ involvement and experience in conflict-related cases, participants were requested to provide an approximate count of their engagements in such cases (Table 2). This inquiry aimed to contextualize the situation, considering the assertions made by the prosecutor’s office regarding the substantial number of cases initiated in connection with the ongoing armed conflict.⁶⁰ Prior to presenting the findings on this matter, it is pertinent to provide a succinct overview of the case assignment process. Judges are assigned cases through an automated allocation system, whereas defense counsels operate on the basis of

⁶⁰ As of February 2023, 65,000 alleged war crimes were catalogued. Prosecuting war crimes in Ukraine, NPR, 2023.

contractual agreements with clients or appointments made *ex officio*. Notably, a subset of respondents (15 individuals) reported being appointed by the Center for Legal Aid Provision, a ministerial institution tasked with providing cost-free legal assistance to ensure effective representation in conflict-related cases. This mode of representation assumes particular significance, particularly in trials conducted *in absentia*, with respondents indicating their involvement in approximately 15 such trials. The provision of defense counsel by the state signifies a reduced probability of violating the right to defense and underscores Ukraine's proactive stance in ensuring the protection of this fundamental right.

Among the respondents, it was found that nearly a third had no experience with conflict-related crimes, while the largest segment of participants had fewer than a dozen such cases (43 individuals). An illustrative example was provided by a respondent who, as a judge, highlighted the consequences of regional occupation and the resulting restructuring of court activities. This respondent initially handled only three conflict-related cases following the 2014 aggression, but the number surged to around 500 cases following the occupation of Kharkiv in 2022. This demonstrates the profound influence of territorial and jurisdiction changes on the judicial workload.

Number of conflict-related cases

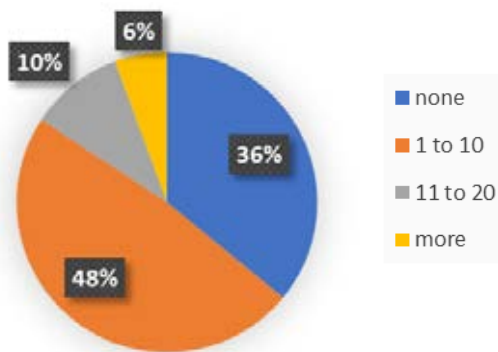


FIGURE 2. Number of conflict-related cases. Source: Survey "Challenges in Upholding Fair Trial Guarantees amidst Ukraine's Armed Conflict," April 20–May 9, 2023.

The fog of war, characterized by chaos, confusion, and fear, affects the judiciary across multiple dimensions. This includes obvious factors, such as the endangerment of physical security and the psychological toll stemming from an assault on the nation, as well as nuanced factors that necessitate contextual analysis. In this survey, the identified factors are categorized into three groups: organizational and normative, ethical, and political and social challenges. Nonetheless, it is crucial to acknowledge the interconnectedness and interdependence of these issues, as they converge to produce an unfavorable synergy.

4.2 ORGANIZATIONAL AND NORMATIVE CHALLENGES

These challenges refer to the hostilities conducted in contravention of the fundamental principles of IHL, namely the destruction, casualties, and endangerment of the safety of the civilian population,⁶¹ which encompasses justice personnel, as well as civilian objects, including court buildings.⁶² Since the commencement of the armed conflict in 2014, significant organizational challenges have emerged, such as safeguarding case files from courts situated in occupied territories, relocating staff members, and appropriately adjusting the jurisdictional scope of courts under Ukrainian control. The implementation of UJITS has been very convenient in this regard. By securely storing case files on court servers, facilitating videoconferencing for judges, and enabling electronic filing and document retrieval, UJITS has improved the operational efficiency of the judicial system. However, as the Russian offensive progressed, courtrooms and servers were destroyed, necessitating evacuations and the assignment of new cases. Courts operating in close proximity to the front lines or under prolonged attacks faced exceptional conditions, including power outages, concerns for personal safety, staffing shortages, and data security vulnerabilities.

⁶¹ *Ukraine: Winter must not be used as a weapon of war*, NRC. Available at: <<https://www.nrc.no/news/2022/october/ukraine-winter-must-not-be-used-as-a-weapon-of-war/>>. Access on: July 5, 2023.

⁶² ZUBOVA, Anastasia, *Courts in Evacuation: How the War Has Redefined the Landscape of Ukrainian Justice*, The Media Initiative for Human Rights, 2023.

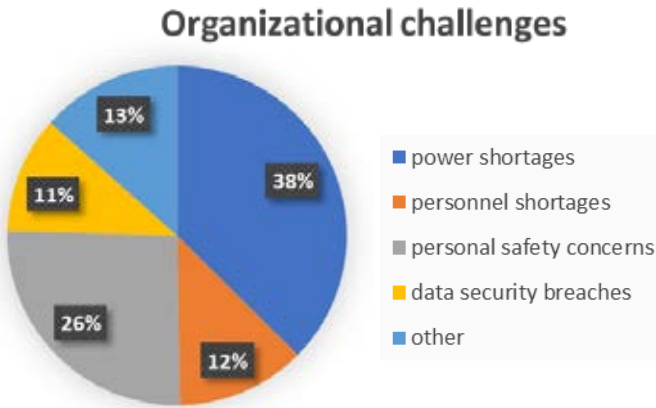


FIGURE 3. *Organizational challenges*. Source: Survey “Challenges in Upholding Fair Trial Guarantees amidst Ukraine’s Armed Conflict,” April 20–May 9, 2023.

When asked to identify the biggest organizational challenges, respondents identified power shortages (38%) as the most problematic. While courts in Ukraine are recognized as part of the country’s critical infrastructure and receive support from governmental and local authorities (albeit insufficiently, as indicated by respondents), their functioning has heavily relied on the self-reliance of staff members. Remarkably, two survey participants mentioned that they personally acquired power generators to mitigate the impact of power outages.

In second place, respondents indicated concerns about personal safety (26%). Concerns for the personal safety of judges and defense counsels closely align with those of civilians, who bear the brunt of attacks conducted in disregard of the principle of distinction resulting in continuous physical and psychological peril. Moreover, in light of the requirements of their profession, respondents expressed difficulties in locating secure environments for client consultations and a shortage of suitable housing options for displaced judges and their families.

Another organizational challenge pointed out by 12% of respondents were personnel shortages. The displacement of civilians following the aggression in 2022 and subsequent hostilities has affected

court staffing.⁶³ Despite attempts to fill staff gaps through new job advertisements, respondents highlight that the primary obstacle are the inadequate salaries of court staff, which has led to a continuous departure of employees. Additionally, the unresolved issue of life insurance for court employees working on the front lines further compounds their precarious situation. Defense counsels handling cases assigned by the Center for Legal Aid Provision have also experienced significant payment delays and a lack of transparency in the client assignment system.

With the introduction of UJITS and increasing awareness of cybersecurity in general, 11% of respondents indicated that ensuring data security is an organizational challenge.

These organizational challenges are intertwined with the normative framework that governs the functioning of the justice system. Consequently, it is imperative to juxtapose these responses with the approaches to normative challenges within the context of the study.

⁶³ Some court personnel, including judges, joined the armed forces, while administrative staff, mainly consisting of women, were forced to flee with their families to other regions or abroad. This has worsened the shortage of judges, resulting from the prior comprehensive reform of judicial governance that involved the voluntary resignation of HJC members who refused integrity assessment and froze recruitment for judicial vacancies. BREWSTER, Murray, In Ukraine, a judge becomes a soldier and fights for his country | CBC News, CBC, 2022; CHYZHYK, Judicial Reform in Times of War.

Normative challenges

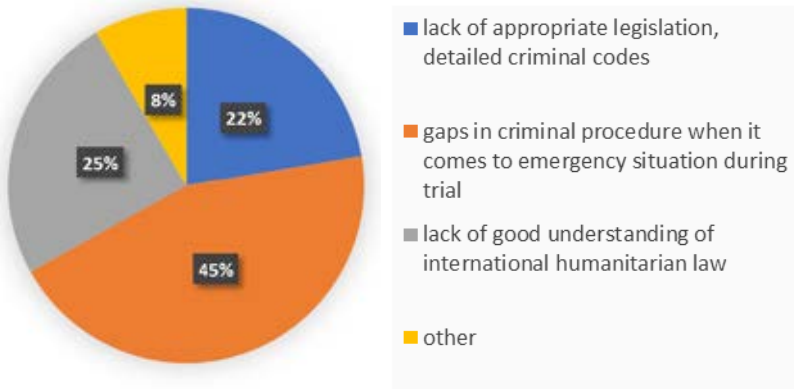


FIGURE 4. Normative challenges. Source: Survey "Challenges in Upholding Fair Trial Guarantees amidst Ukraine's Armed Conflict," April 20–May 9, 2023.

When asked about the biggest normative challenge, almost half of the respondents mentioned gaps in criminal procedure as to the emergency situation during trial (45%). Respondents highlighted that the disruption of court hearings due to raids or the lack of internet connection and electricity had consequential effects on ongoing cases. The absence of adequate regulations pertaining to the suspension of hearings in emergency situations, such as air raids or flooding, resulted in the discontinuation of cases, necessitating their reopening or abandonment. Furthermore, many respondents pointed out the lack of detailed procedural guidelines for remote criminal trials, which operated analogously to conventional trials, leading to problematic situations where the court had to make determinations on the course of proceedings. Some defense counsels expressed concerns about unjustified refusals to conduct videoconference hearings. Additionally, one respondent emphasized the need for a reasonable acceptance of missed court deadlines due to the ongoing hostilities as a practical measure to be implemented.

As many as 25% of respondents felt they did not have a good understanding of IHL. This indicates inadequate preparedness of

lawyers to correctly address conflict-based crimes. Despite the widely publicized offers of substantial assistance from specialized national and foreign governmental and nongovernmental organizations, a significant number of respondents expressed the need and desire for IHL training. Out of the 94 respondents, only nine (including three judges) confirmed receiving an offer of IHL training, and some were unable to attend due to heavy workload. Respondents emphasized the scarcity and delayed provision of training opportunities. As a remedial measure, it was suggested that a compilation of international judgments on conflict-related crimes be prepared to facilitate judges' rapid familiarity with this legal domain. This challenge has significant implications in terms of legal norms, as judges, particularly during armed conflicts and periods of martial law, are entrusted with the task of thoroughly examining introduced regulations in light of IHRL and IHL standards. They must assess the proportionality and necessity of these measures. Furthermore, this challenge compounds the earlier unsuccessful attempts to derogate from IHRL instruments, which indicates a political inclination to excessively limit legal protections due to the prevailing armed conflict situation.

Moreover, respondents confirmed (22%) that a normative challenge is the lack of appropriate legislation, including detailed criminal codes. As indicated above, legislative shortcomings, including in particular the expected adoption of the War Crimes Bill, are burdensome in practice and awaited by the judiciary.

4.3 ETHICAL CHALLENGES

At the core of the right to a fair trial lies the fundamental principle of being judged by a court that is independent and impartial. Judicial independence pertains to the separation of powers, specifically the judiciary's autonomy from the executive branch, as discussed further below. On the other hand, impartiality relates to the mindset of the judge and entails a lack of bias toward the case and its participants.⁶⁴

⁶⁴ BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana, Imparcialidade judicial e atividade probatória no Tribunal Penal Internacional, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*,

Should reasonable doubts arise regarding a judge's impartiality, the parties involved have the right to request the judge's disqualification, or the judge may choose to recuse themselves from presiding over the case.

In cases involving judges presiding over trials of war criminals within their own homeland, particularly amidst an ongoing armed conflict, maintaining impartiality may appear exceedingly challenging, if not impossible. This is especially true when confronted with egregious acts of aggression and the persistent reports of widespread IHL and IHRL violations. However, such an assertion is not without legitimate criticism. Firstly, it would lead to the illogical conclusion that judges from a victimized country are incapable of adjudicating war criminals from the aggressor's side – an assertion that is contrary to factual circumstances and a general rule of international criminal justice. Secondly, the decision to disqualify a judge should be individualized and supported by proper justification. Nevertheless, it remains undeniable that upholding impartiality for Ukrainian judges and defense counsels poses significant ethical challenges, given the direct and indirect impact of the war on their life on multiple levels. As expressed by one respondent judge, “[i]t is difficult to maintain impartiality when we are confronted daily with reports of heinous atrocities and the utter disregard for legal and moral norms by the Russian occupiers. Russia's current presidency of the UN feels like a mockery of common sense.”

Given the multifaceted nature of impartiality, the survey employs a comprehensive approach by exploring various factors that potentially influence attitudes toward conflict-related crimes, rather than solely relying on self-perceived impartiality.

v. 4, n. 2, p. 605, 2018.



FIGURE 5. Ethical challenges. Source: Survey "Challenges in Upholding Fair Trial Guarantees amidst Ukraine's Armed Conflict," April 20–May 9, 2023.

In response to inquiries regarding ethical challenges encountered in the practice of their profession, the respondents indicated the relevance of individual factors as follows. The most frequently mentioned concerns included the psychological burden and potential trauma experienced by individuals (44%). Additionally, a significant number of respondents reported the involvement of their family members in the armed forces (18%) or humanitarian aid efforts (12%). Furthermore, a notable number of respondents expressed the loss of close acquaintances (8%), personal and direct exposure to war atrocities (8%), as well as prior service in armed conflict and direct engagement in hostilities (5%).

The collected responses unequivocally highlight that the ethical challenges emanate from concerns related to personal safety, both physically and psychologically, as well as the well-being of their loved ones who have been affected by adversities such as fatalities, injuries, displacement, and engagement in armed conflict and humanitarian aid efforts. This in turn has the potential to influence impartiality, especially on an unconscious cognitive level. The individual perceptions

of personal experiences are also shaped by the pervasive media coverage of war atrocities, political strife, and the expressions (or absence) of solidarity and support.

Tailored psychological assistance is deemed crucial in the context of war, which inherently engenders traumatic experiences. While some respondents expressed no need for additional relief in this domain, others emphasized the practice of self-care and self-administration of sedatives. Only a small number of individuals (two respondents) reported being offered psychotraumatic training, and only one of them participated. Nonetheless, the most prevalent response to the open question regarding the greatest challenge in general was the requirement for psychological support among judges, lawyers, court personnel, and clients. Indications of significant psychological burden were also evident across various other responses. Participants referred to persistent psychological pressure stemming from ongoing hostilities and the potential risk of military mobilization, limited resilience to stress, perpetual anxiety, the unpredictable nature of daily life, professional burnout, moral fortitude, and, not least, the loss of statehood.

4.4 POLITICAL AND SOCIAL CHALLENGES

The final set of factors falls within the category of political challenges, as they pertain to the public sphere and governance in Ukraine. These challenges encompass concerns regarding the impact of the executive branch and public opinion on the judiciary, as well as the normative framework that governs its operations. Furthermore, this group sheds light on the perspective of defense counsels and the obstacles they encounter in fulfilling the right to a fair trial and providing effective legal representation.

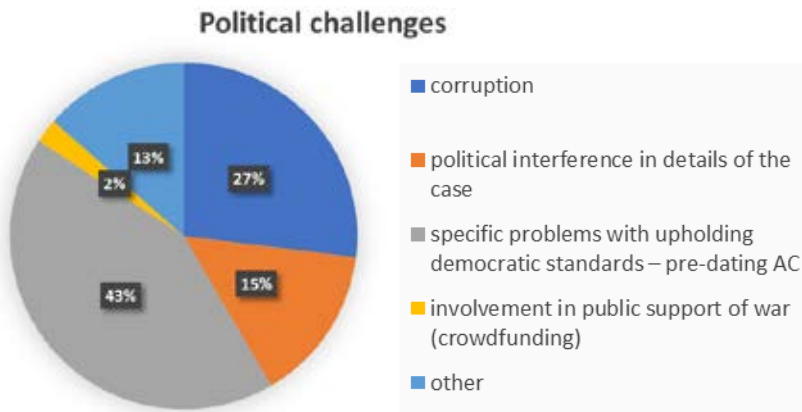


FIGURE 6. Political challenges. Source: Survey “Challenges in Upholding Fair Trial Guarantees amidst Ukraine’s Armed Conflict,” April 20–May 9, 2023.

Nearly half of respondents (43%) acknowledged that specific issues pertaining to the preservation of democratic principles – including pre-existing concerns that currently affect the fairness of trials – constitute a significant political obstacle. The assertion made by one of the participants effectively underscores a pivotal consideration and implication of the uncertainty inherent in times of war on the functioning of the Ukrainian (and conceivably any) state: “The challenges that were present before have become markedly intensified during the conflict.” Despite the government’s active engagement in international diplomatic and judicial forums, the domestic implementation of reforms to align Ukrainian law with international and European standards⁶⁵ has stagnated due to the ongoing armed conflict and political reluctance, resulting in frustration among various stakeholders. In the absence of a shift in this attitude, the prevailing issues will persistently escalate.

Secondly, corruption was identified as a significant political challenge by 27% of the respondents. This finding is unsurprising when considering the substantial lack of public trust in the judiciary (with

⁶⁵ What are the “European standards” for the judiciary and how should they be applied?

only 10% of the population expressing trust, while 59% exhibit distrust as of June 2021)⁶⁶, closely linked with the pervasive existence of a “culture of bribery.”⁶⁷

Thirdly, 15% of respondents (three judges and ten defense counsels) disclosed instances where they personally witnessed political interference in the ongoing legal proceedings. This interference manifested through actions such as physical obstruction by law enforcement or armed forces agents, as well as public comments from the legislative power. Based on comments provided by defense counsels, a number of significant political implications that affect the right to defense were highlighted, including challenges related to attorney–client privilege, limited access to clients during searches and arrests, and overall deficiencies in the quality of pretrial proceedings.⁶⁸ During the pretrial phase, the identified violations may also meet the criteria for breaches of the right to a fair trial. Such direct and indirect interventions pose a significant challenge to the principles of democracy and can be a relevant factor in evaluating a state’s capacity and commitment to prosecuting individuals responsible for war atrocities. The survey findings affirm the urgent necessity to address the politicization of courts,⁶⁹ which remains unresolved by the nascent democracy and demands focused attention to ensure the establishment of impartial justice and, to some extent, achieve a moral triumph over the aggressor. The imperative to uphold the rule of law in Ukraine transcends mere legal obligations and encompasses both political and moral imperatives.

⁶⁶ *Survey of Ukrainian Population Regarding Trust in the Judiciary and Other Branches, Judicial Independence and Accountability, Perception of and Reporting Corruption*, INFOSAPIENS, 2020. According to DEJURE foundation, in December 2020 the level of distrust toward the judiciary increased to 77% (from 73% in 2019) and the prosecution up to 68% (from 63% in 2019). HRYSHCHENKO; VALKO; CHYZHYK, *Reforms in the Rule of Law in Ukraine. Report for 2022*.

⁶⁷ HUBENKO, Ukraine: “Large-scale corruption” in Supreme Court reported.

⁶⁸ SAKOWICZ, Andrzej, Suspect’s access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 1979, 2021.

⁶⁹ NEKOLIAK, Andrii, Ukraine’s Presidents and the Judiciary: An Uneasy Relationship.

Furthermore, on a practical level, it was raised that the defense counsels' work representing individuals tried *in absentia*, despite the government's provision of salaries, poses significant challenges. Respondents emphasized the complete lack of cooperation and communication with Russian authorities, which hinders their ability to obtain mitigating evidence, effectively transmit indictments, or establish contact with clients who are beyond the reach of Ukrainian authorities. Given the evident lack of genuine intentions on the part of Russia, it is apparent that the Ukrainian government has limited control over addressing these issues. Nevertheless, this emphasizes the need for judges to pay special attention to these matters during the judicial phase of the process. Considering that a notable portion of trials pertaining to conflict-related cases are conducted *in absentia*⁷⁰ (a practice permitted under domestic criminal law for minor offences but restricted under IHRL and ICL regimes),⁷¹ Ukraine will likely encounter additional financial and organizational challenges associated with arranging retrials, if such a request were to arise.

Only 2% (one judge and one defense counsel) considered involvement in public support of war (like crowdfunding) as a political challenge to the professional performance of their profession. The limited number of indications of this factor is not surprising, considering that Ukraine is engaged in a legally and morally justified defensive war. The scenario would vary if lawyers openly endorsed an aggressive war, as this could raise apprehensions regarding the maintenance of fair trial standards.

⁷⁰ MATOLA, Victoria, Ukraine: Justice in Absentia.

⁷¹ *Improving Mutual Recognition of European Arrest Warrants for the Purpose of Executing In Absentia Judgments. Case-Law Guide*, InAbsentieAW, 2020; WAHL, Thomas, CJEU Clarifies Conditions for Trials and Convictions in absentia; KNOOPS, Geert-Jan Alexander, Trials in Absentia. In: *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals. A Comparative Study*, Second. Brill | Nijhoff, 2014, p. 327–341.

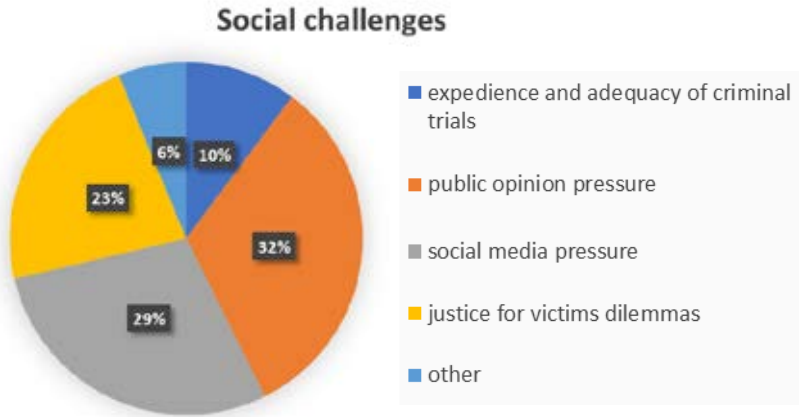


FIGURE 7. Social challenges. Source: Survey “Challenges in Upholding Fair Trial Guarantees amidst Ukraine’s Armed Conflict,” April 20–May 9, 2023.

When asked about social challenges, respondents mainly mentioned public opinion pressure (32%) and social media pressure (29%). This observation is not unexpected, considering the widespread recognition of the conflict in Ukraine as one of the most extensively documented and extensively covered by the media. The accessibility of information about violations during the conflict acts as a double-edged sword, facilitating evidence provision while impacting the mental well-being of its observers. The widespread availability of frontline news, especially through smartphones and apps, also plays a role in how cases are handled and how judges and defense counsels are treated by public opinion. For instance, some defense counsels expressed concerns for their personal safety, given the public’s tendency to associate defense counsels with the accused and the occurrence of kidnappings and murders targeting legal professionals.⁷²

In third position, 23% of the participants identified justice for victims dilemmas as a social challenge. Furthermore, a social challenge highlighted by 10% of the respondents pertains to the expediency and

⁷² Ukraine murder of lawyer a chilling blow to justice.

adequacy of criminal trials. These two identified factors are closely intertwined. On the one hand, victims have the right to receive an appropriate response to address their needs, including the identification and adjudication of those accountable for the harm they have endured. Conversely, protracted trials, trials conducted *in absentia*, deficiencies in the proper classification of crimes, and subsequently insufficient sanctions exacerbate the plight of the victims. Simultaneously, excessively expedited or perfunctory trials undertaken to appease public sentiment raise concerns regarding the adherence to due process. In Ukraine's situation, the significant volume of conflict-related investigations and short timeframe between the onset of full-scale aggression and the first convictions (first one delivered within three months)⁷³ prove that justice for victims is an important consideration.

In response to these challenges, respondents have suggested various corrective measures. These include implementing more robust deterrents against undue influence on the courts and improving the effectiveness of judicial communication. One proposed approach is the provision of public summaries elucidating the reasoning behind significant and contentious verdicts, which could enhance transparency and promote better comprehension of judicial decisions. Hence, alongside institutional reforms, a comprehensive initiative to raise awareness and restore trust in the judiciary appears necessary as the subsequent stage in the rehabilitation process of Ukraine's judicial system.

5 CONCLUSIONS

Despite the ongoing armed conflict, Ukraine has not been left to face its challenges alone. The emergence of what is commonly referred to as the "Ukrainian moment" is evident in the initiation of international investigations, heightened training and knowledge sharing efforts, and the provision of unprecedented political support. Furthermore, there

⁷³ VASILIEV, Sergey, Ukraine's First War Crimes Trials of Russian Soldiers Are Important Test Cases, *Foreign Policy*, 2022; MARCHUK, Iryna, Domestic Accountability Efforts in Response to the Russia–Ukraine War, *Journal of International Criminal Justice*, v. 20, n. 4, p. 787–803, 2022.

has been a growing reliance on new technologies and the establishment of digital repositories for data. While these activities are not standalone solutions, they significantly enhance Ukraine's capacity to ensure accountability for perpetrators and deliver justice to victims. However, it is the Ukrainian authorities who bear the primary responsibility, with other components of the international criminal justice system playing a complementary role. Considering the substantial number of ongoing proceedings pertaining to conflict-related crimes, encompassing tens of thousands of cases, the weight imposed on the Ukrainian judicial system is notably burdensome.

This study has focused on assessing the capacity of the Ukrainian justice system to ensure basic fair trial rights in the context of the ongoing armed conflict taking place in Ukraine since 2014 and significantly intensified in February 2022. The principle of a fair trial serves as a cornerstone in democratic states, representing a non-derogable standard that necessitates unwavering commitment. In the context of Ukraine, it is imperative for the authorities to acknowledge and anticipate that any infringement upon this standard may result in accountability under IHRL, with the most severe cases potentially constituting a crime of denial of fair trial. Considering that the latter can arise from systemic flaws, such as the manipulation of judicial systems, as well as violations in individual cases, it was essential to examine both perspectives to obtain a comprehensive understanding of the challenges faced by Ukraine.

Overall, Ukraine's judiciary is in a transitional phase, striving to overcome its deficiencies and meet the demands of the armed conflict. Two significant challenges that require consideration are the politicization of courts and the issue of corruption. By prioritizing the strengthening of institutional capacity, addressing legislative shortcomings, embracing technological advancements, and fostering collaboration with domestic and international partners, Ukraine can make substantial progress in ensuring fair trial guarantees and promoting justice for all parties affected by the conflict. These efforts are crucial for the restoration of public trust, the upholding of human rights, and the establishment of a robust and impartial judicial system.

Based on the empirical research conducted, three interconnected sets of factors that are pertinent to ensuring fair trial rights in individual

cases were identified: organizational and normative, ethical, and political considerations. The organizational challenges encompassed proper case management, including file security and jurisdiction changes, which carried the risk of case discontinuation or significant delays. While digitalization reforms, such as the introduction of UJITS, have improved efficiency, certain challenges persist. A shortage of staff poses a hindrance to the system's ability to effectively handle cases, compounded by a heavy workload and potential influx of new cases. Delays in payments and low salaries further contribute to the departure of personnel, exacerbating the staffing issue. From a normative perspective, judges are granted discretionary power in emergency situations, which may lead to potential risks of disproportionate and unjustified decisions, particularly in cases involving remote hearings and missed court deadlines. The lack of IHL training and important legislation in this area increases the risk of inadequate qualification of crimes and improper sanctions, thus diminishing the consideration for justice for victims. Furthermore, a potential bias toward perpetrators of aggression and a lack of judicial expertise in international law may amplify the effects of martial law and excessive restrictions on human rights.

The study highlights two significant ethical challenges in ensuring fair trials. The first relates to the lack of personal safety for legal professionals and their clients, which can lead to irregularities and potentially result in the denial of a fair trial. The second challenge pertains to maintaining impartiality when legal professionals witness and experience mass violations of IHL and IHRL. This challenge is compounded by the absence of psychological support and training.

The presence of political interference in individual cases and the prevalence of corruption as significant challenges were also noted. Actors involved in the judicial process emphasize the importance of enhancing resilience to public opinion while simultaneously improving public trust in the judiciary. Furthermore, defense counsels highlight the need to strengthen the pretrial phase, emphasizing that even during armed conflict, certain core principles must be upheld.

By carefully examining the challenges faced in practice and presenting some potential remedial measures, this study provided an examination of the specific dynamics within the Ukrainian context. The

survey results establish a foundation for comprehending the complexities and nuances inherent in the relationship between any armed conflict and the guarantee of a fair trial, thus making a contribution to the broader discourse on justice and accountability in regions affected by mass violence.

The analysis of the survey findings suggests that the fundamental aspects of fair trial in Ukraine are upheld. However, there is still a possibility that significant breaches may come to light in the future. While some of the challenges can and should be addressed by the public authorities, others remain beyond its control. The assessment of IHRL and ICL violations will primarily focus on the former. However, assessing the impact of armed conflict on the justice system's capacity is a factual matter, and its legal evaluation concerning potential denial of fair trial falls within the jurisdiction of national and international courts, which should consider all relevant legal and factual circumstances.

6 REFERENCES

AGIRRE, Xabier; ET. AL. *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*. International Criminal Court, 2003. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/20BB4494-70F9-4698-8E30-907F631453ED/281984/complementarity.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Additional U.S. Support Needed for Ukraine War Crimes Investigations and Prosecutions*. Available at: <https://www.americanbar.org/advocacy/governmental_legislative_work/publications/washingtonletter/may-23-wl/ukraine-0523wl/>. Access on: July 5, 2023.

ANDERSON, Janet. *Everything you need to know or argue about a special tribunal on Russia's crime of aggression*. JusticeInfo.net. 2022. Available at: <<https://www.justiceinfo.net/en/110201-everything-you-need-to-know-argue-special-tribunal-russia-crime-of-aggression.html>>. Access on: July 5, 2023.

BELTRÁN MONTOLIÚ, Ana. Imparcialidade judicial e atividade probatória no Tribunal Penal Internacional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, p. 605, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.159>

BENEDEK, Wolfgang; BÍLKOVÁ, Veronika; SASSÒLI, Marco. *Report on Violations Of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes And Crimes*

Against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022. OSCE, 2022. Available at: <<https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

BREWSTER, Murray. *In Ukraine, a judge becomes a soldier and fights for his country* | CBC News. CBC, 2022. Available at: <<https://www.cbc.ca/news/politics/ukraine-justice-war-russia-1.6635941>>. Access on: July 5, 2023.

BUCHWALD, Todd. *Unpacking New Legislation on US Support for the International Criminal Court*. Available at: <<https://www.justsecurity.org/85408/unpacking-new-legislation-on-us-support-for-the-international-criminal-court/>>. Access on: July 5, 2023.

BULEIKO, Mariia. *Why Has Ukraine Not Ratified the Rome Statute?* Available at: <<https://iwpr.net/global-voices/why-has-ukraine-not-ratified-rome-statute>>. Access on: July 5, 2023.

CHYZHYK, Halyna. *Judicial Reform in Times of War*. Available at: <<https://verfassungsblog.de/judicial-reform-in-times-of-war/>>. Access on: July 5, 2023.

CORDER, Mike. *Coalition backs war crimes probe over Russia-Ukraine war* | AP News. AP News, 2022. Available at: <<https://apnews.com/article/russia-ukraine-crime-war-crimes-netherlands-europe-9aa66b2a61b9f88c579c3be4bf89655b>>. Access on: July 5, 2023.

CORTEN, Olivier; KOUTROULIS, Vaios. *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine - a legal assessment*. Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the European Union, 2022. Available at: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA\(2022\)702574_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2022/702574/EXPO_IDA(2022)702574_EN.pdf)>.

DEPIAZZA, Jennifer. Denial of Fair Trial as an International Crime. Precedent for Pleading and Proving it under the Rome Statute. *Journal of International Criminal Justice*, n. 15, p. 257–289, 2017. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqx011>

MINISTERE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES. *International Criminal Court investigation into crimes committed in Ukraine (23 Mar. 2022)*. Available at: <<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/ukraine/news/article/international-criminal-court-investigation-into-crimes-committed-in-ukraine-23>>. Access on: July 5, 2023.

GLOBAL RIGHTS COMPLIANCE. *The Enforcement of International Humanitarian Law in Ukraine*. 2022. Available at: <<https://www.asser.nl/media/795358/the-enforcement-of-ihl-in-ukraine-updated-eng.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

HELLER, Kevin Jon. *Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea*. Available at: <<http://opiniojuris.org/2022/03/07/creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-a-bad-idea/>>. Access on: July 5, 2023.

HOPPE, Tilman. *International integrity vetting of public officials: guest blog*. Available at: <<https://uncaccoalition.org/international-integrity-vetting/>>. Access on: July 5, 2023.

HRYSHCENKO, Kateryna; VALKO, Vadym; CHYZHYK, Tetiana. *Reforms in the Rule of Law in Ukraine. Report for 2022*. DEJURE Foundation, 2022. Available at: <http://en.dejure.foundation/report_rule_of_law_2020>. Access on: July 5, 2023.

HUBENKO, Dmytro. *Ukraine: "Large-scale corruption" in Supreme Court reported*. DW, 2023. Available at: <<https://www.dw.com/en/ukraine-large-scale-corruption-in-supreme-court-reported/a-65632061>>. Access on: July 5, 2023.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Ukraine: Events of 2022*. World Report 2023. Available at: <<https://www.hrw.org/world-report/2023/country-chapters/ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

ICRC. *Fair Trial Guarantees*. IHL Databases. Available at: <<https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule100>>. Access on: July 5, 2023.

JACKSON, Miles. *The ICC Arrest Warrants against Vladimir Putin and Maria Lvova-Belova – An Outline of Issues*. Available at: <<https://www.ejiltalk.org/the-icc-arrest-warrants-against-vladimir-putin-and-maria-lvova-belova-an-outline-of-issues/>>. Access on: July 5, 2023.

KNOOPS, Geert-Jan Alexander. *Trials in Absentia*. In: KNOOPS, Geert-Jan Alexander. *An Introduction to the Law of International Criminal Tribunals. A Comparative Study*. Second. Brill | Nijhoff, 2014. p. 327–341. Available at: <<https://brill.com/view/title/16641>>. Access on: July 5, 2023.

KRESS, Claus. *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*. Available at: <<https://www.toaep.org/ops-pdf/13-kress/>>. Access on: July 5, 2023.

KRESS, Claus; HOBE, Stephan; NUSSBERGER, Angelika. *The Ukraine War and the Crime of Aggression: How to Fill the Gaps in the International Legal System*. Available at: <<https://www.justsecurity.org/84783/the-ukraine-war-and-the-crime-of-aggression-how-to-fill-the-gaps-in-the-international-legal-system/>>. Access on: July 5, 2023.

LABUDA, Patryk I. *Beyond rhetoric: Interrogating the Eurocentric critique of international criminal law's selectivity in the wake of the 2022 Ukraine invasion*.

Leiden Journal of International Law, p. 1–22, 2023. <https://doi.org/10.1017/s0922156523000237>

LEMOS, Miguel. *The Law of Immunity and the Prosecution of the Head of State of the Russian Federation for International Crimes in the War against Ukraine*. Available at: <<https://www.ejiltalk.org/the-law-of-immunity-and-the-prosecution-of-the-head-of-state-of-the-russian-federation-for-international-crimes-in-the-war-against-ukraine/>>. Access on: July 5, 2023.

LEVY, Shoshana. *Universal Jurisdiction Annual Review 2023*. TRIAL International, Available at: <https://trialinternational.org/wp-content/uploads/2023/04/TRIAL_UJAR_2023_DIGITAL_21_04_Version2.pdf>. Access on: July 5, 2023.

MAASIKAS, Matti. *All Ready for the Judicial Reform?* Available at: <https://www.eeas.europa.eu/delegations/ukraine/all-ready-judicial-reform_en?s=232>. Access on: July 5, 2023.

MARCHESI, Diletta. The War Crimes of Denying Judicial Guarantees and the Uncertainties Surrounding Their Material Elements. *Israel Law Review*, v. 54, n. 2, p. 174–204, 2021. <https://doi.org/10.1017/s0021223721000030>

MARCHUK, Iryna. Domestic Accountability Efforts in Response to the Russia–Ukraine War. *Journal of International Criminal Justice*, v. 20, n. 4, p. 787–803, 2022. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqac051>

MATOLA, Victoria. *Ukraine: Justice in Absentia*. Available at: <<https://iwpr.net/global-voices/ukraine-justice-absentia>>. Access on: July 5, 2023.

MCDOUGALL, Carrie. *Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics*. Available at: <<http://opiniojuris.org/2022/03/15/why-creating-a-special-tribunal-for-aggression-against-ukraine-is-the-best-available-option-a-reply-to-kevin-jon-heller-and-other-critics/>>. Access on: July 5, 2023.

MEŻYKOWSKA, Aleksandra. Establishment of the Registry of Damage – The first element in ensuring Russia’s financial accountability for the aggression against Ukraine. *ESIL Reflection*, v. 12, n. 3, 2023. Available at: <<https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2023/05/Mezykowska.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

NEKOLIAK, Andrii. *Ukraine’s Presidents and the Judiciary: An Uneasy Relationship*. Available at: <<https://verfassungsblog.de/ukraines-presidents-and-the-judiciary-an-uneasy-relationship/>>. Access on: July 5, 2023.

PRESS, Associated. *Millions in Extra Funding Pledged for ICC Work in Ukraine*. VOA, 2023. Available at: <<https://www.voanews.com/a/millions>>

in-extra-funding-pledged-for-icc-work-in-ukraine/7014220.html>. Access on: July 5, 2023.

SAKOWICZ, Andrzej. Suspect's access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 1979, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.565>

SAVITSKY, Alexander. *The mass graves of Bucha*. DW, 2022. Available at: <<https://www.dw.com/en/mass-graves-and-destruction-in-bucha-and-hostomel/a-61457521>>. Access on: July 5, 2023.

SHENK, Olga; PROTSIUK, Oleksandr; HRYSHYN-HRYSHCHUK, Roman. *Digital Litigation in Ukraine | CMS Expert Guide*. Available at: <<https://cms.law/en/int/expert-guides/cms-expert-guide-to-digital-litigation/ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

THELWELL, Kim. *Ukrainian Diia App Helps Refugees Receive Aid and News*. Available at: <<https://borgenproject.org/ukrainian-diia-app-helps-refugees-receive-aid-and-news/>>. Access on: July 5, 2023.

VASILIEV, Sergey. Ukraine's First War Crimes Trials of Russian Soldiers Are Important Test Cases. *Foreign Policy*, 2022. Available at: <<https://foreignpolicy.com/2022/06/17/war-crimes-trials-ukraine-russian-soldiers-shishimarin/>>. Access on: July 5, 2023.

WAHL, Thomas. *CJEU Clarifies Conditions for Trials and Convictions in absentia*. Available at: <<https://eucrim.eu/news/cjeu-clarifies-conditions-for-trials-and-convictions-in-absentia/>>. Access on: July 5, 2023.

ZIMMERMAN, Vera. What Does Ukraine's New Military Approach Toward the Donbas Mean? *Atlantic Council*, 2018. Available at: <<https://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/what-does-ukraine-s-new-military-approach-toward-the-donbas-mean/>>. Access on: July 5, 2023.

ZUBOVA, Anastasia. Courts in Evacuation: How the War Has Redefined the Landscape of Ukrainian Justice. *The Media Initiative for Human Rights*, 2023. Available at: <<https://mipl.org.ua/en/courts-in-evacuation-how-the-war-has-redefined-the-landscape-of-ukrainian-justice-infographics/>>. Access on: July 5, 2023.

Bucha killings: Satellite image of bodies site contradicts Russian claims. BBC News, 2022. Available at: <<https://www.bbc.com/news/60981238>>. Access on: July 5, 2023.

Draft Bill No. 2689 on Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine concerning the implementation of the norms of International Criminal and Humanitarian Law - comparative table. Available at: <<https://www.pgaction.org/pdf/2021/en-bill-2689-10-03-2021.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

Emergency in Ukraine: external situation report. Reporting period: 28 July–10 August 2022. WHO, 2022. Available at: <<https://www.who.int/publications-detail-redirect/WHO-EURO-2022-5152-44915-65715>>. Access on: July 5, 2023.

EU solidarity with Ukraine. Available at: <https://eu-solidarity-ukraine.ec.europa.eu/index_en>. Access on: July 5, 2023.

Eurojust and the war in Ukraine. Available at: <<https://www.eurojust.europa.eu/eurojust-and-the-war-in-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

European Parliament resolution of 23 November 2022 on recognising the Russian Federation as a state sponsor of terrorism. Available at: <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0405_EN.html>. Access on: July 5, 2023.

General comment no. 29, Article 4, States of emergency. UN Human Rights Committee, 2001. Available at: <<https://digitallibrary.un.org/record/451555>>. Access on: July 5, 2023.

General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial. Geneva: UN Human Rights Committee, 2007. Available at: <<https://digitallibrary.un.org/record/606075>>. Access on: July 5, 2023.

Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Council of Europe, 2022. Available at: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_criminal_eng>. Access on: July 5, 2023.

Human rights in Ukraine. Amnesty International. Available at: <<https://www.amnesty.org/en/location/europe-and-central-asia/ukraine/report-ukraine/>>. Access on: July 5, 2023.

ICC Prosecutor Karim A.A. Khan QC announces deployment of forensics and investigative team to Ukraine, welcomes strong cooperation with the Government of the Netherlands. International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-announces-deployment-forensics-and-investigative-team-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

Improving Mutual Recognition of European Arrest Warrants for the Purpose of Executing In Absentia Judgments. Case-law Guide. In Absentia EAW, 2020. Available at: <<https://www.inabsentiaeaw.eu/wp-content/uploads/2020/02/InAbsentiaEAW-Case-law-Guide.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

Informal chronology of derogations under Article 15 of The Convention For The Protection Of Human Rights And Fundamental Freedoms (ETS no. 5). Council of Europe, 2022. Available at: <<https://rm.coe.int/echr-table-derogations-2000-2022-06-03-2022/1680a5bd43>>. Access on: July 5, 2023.

International armed conflict in Ukraine | Rulac. Available at: <<https://www.rulac.org/browse/conflicts/international-armed-conflict-in-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

“It was a massacre”: Mariupol residents recall battle for Ukrainian city. Reuters, 2022. Available at: <<https://www.reuters.com/world/europe/it-was-massacre-mariupol-residents-recall-battle-ukrainian-city-2022-04-29/>>. Access on: July 5, 2023.

Judicial reform in Ukraine: a short overview. Available at: <<http://en.dejure.foundation/library/judicial-reform-in-ukraine-what-has-changed-for-the-last-three-years>>. Access on: July 5, 2023.

Lithuania intends to allocate EUR 100,000 to Hague Process over war in Ukraine. Delfi EN. Available at: <<https://www.delfi.lt/en/politics/lithuania-intends-to-allocate-eur-100-000-to-hague-process-over-war-in-ukraine-89663335>>. Access on: July 5, 2023.

OTP Link. International Criminal Court. Available at: <<https://otplink.icc-cpi.int/>>. Access on: July 5, 2023.

Polish prosecutors launch investigation into Russia’s attack on Ukraine. The First News, 2022. Available at: <<https://www.thefirstnews.com/article/polish-prosecutors-launch-investigation-into-russias-attack-on-ukraine-28331>>. Access on: July 5, 2023.

Pravo-Justice. Available at: <<https://www.pravojustice.eu/>>. Access on: July 5, 2023.

Prosecuting war crimes in Ukraine. NPR, 2023. Available at: <<https://www.npr.org/2023/02/18/1158169187/prosecuting-war-crimes-in-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

Protocol Additional (I) to the Geneva Conventions of 12 August 1949 and relating to the protection of victims of international armed conflicts. Available at: <<https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=08000002800f3586>>.

Recognition of the ICC jurisdiction by the Government of Ukraine in 2014. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

Recognition of the ICC jurisdiction by the Government of Ukraine in 2015. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf#search=ukraine>. Access on: July 5, 2023.

Register of Damage for Ukraine. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/register-of-damage-for-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine. United Nations Human Rights Council, 3023. Available at: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/coiukraine/A_HRC_52_62_AUV_EN.pdf>. Access on: July 5, 2023.

Resolution 49/1. Situation of human rights in Ukraine stemming from the Russian aggression. A/HRC/RES/49/1. UNHRC. March 7, 2022.

Resolution ES-11/1. Aggression against Ukraine. A/RES/ES-11/1. UNGA. March 18, 2023.

Resolution. Principles of the Charter of the United Nations underlying a comprehensive, just and lasting peace in Ukraine. A/RES/ES-11/6. UNGA. February 23, 2023.

Rome Statute of the International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

Shared Guiding Principles on Accountability for Grave Crimes Committed in Ukraine. Available at: <<https://www.coalitionfortheicc.org/news/20230405/shared-guiding-principles-accountability-grave-crimes-committed-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova. International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>>. Access on: July 5, 2023.

Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Contributions and support from States Parties will accelerate action across our investigations. International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-contributions-and-support-states-parties-will>>. Access on: July 5, 2023.

Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation.

International Criminal Court. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qa-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>>. Access on: July 5, 2023.

Support to the functioning of justice in the war and post-war context in Ukraine. Council of Europe Office in Ukraine. Available at: <<https://www.coe.int/en/web/kyiv/support-for-judicial-institutions-and-processes-to-strengthen-access-to-justice-in-ukraine>>. Access on: July 5, 2023.

Survey of Ukrainian Population Regarding Trust in The Judiciary and Other Branches, Judicial Independence And Accountability, Perception of and Reporting Corruption. INFOSAPIENS, 2020. Available at: <https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2021/06/2021_Survey_Population_Report_ENG.pdf>. Access on: July 5, 2023.

The Nobel Peace Prize 2022. Available at: <<https://www.nobelprize.org/prizes/peace/2022/press-release/>>. Access on: July 5, 2023.

The Ukrainian Judicial System in a Time of Armed Conflict. International Commission of Jurists, 2022. Available at: <https://icj2.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2022/11/The_Ukrainian-Judicial_System_in_a_Time_of_Armed_Conflict_ICJ_briefing_paper_2022.pdf>.

Timeline of the Judicial Reform. Available at: <<https://rpr.org.ua/en/news/timeline-of-the-judicial-reform/>>. Access on: July 5, 2023.

Ukraine 5 AM Coalition. Available at: <<https://www.5am.in.ua/en>>. Access on: July 5, 2023.

Ukraine and the EU membership application. Available at: <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/enlargement/ukraine/>>. Access on: July 5, 2023.

Ukraine Murder of lawyer a chilling blow to justice. Available at: <<https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2016/03/ukraine-murder-of-lawyer-a-chilling-blow-to-justice/>>. Access on: July 5, 2023.

Ukraine: Winter must not be used as a weapon of war. NRC. Available at: <<https://www.nrc.no/news/2022/october/ukraine-winter-must-not-be-used-as-a-weapon-of-war/>>. Access on: July 5, 2023.

Ukraine's President Creates Anti-Corruption Court. Radio Free Europe/Radio Liberty. Available at: <<https://www.rferl.org/a/ukraine-s-president-poroshenko-creates-anti-corruption-court/29875480.html>>. Access on: July 5, 2023.

Unified Judiciary Information and Telecommunication System Development Strategy. Pravo-Justice, 2019. Available at: <<https://www.pravojustice.eu/storage/app/uploads/public/5de/a5b/208/5dea5b208e4aa763345125.pdf>>. Access on: July 5, 2023.

United States of America v. Alstötter et al. Available at: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/nuremberg/Alstoetter.htm>>. Access on: July 5, 2023.

What are the “European standards” for the judiciary and how they should be applied? Available at: <<http://en.dejure.foundation/library/european-standards-for-the-judiciary-and-how-they-should-be-applied>>. Access on: July 5, 2023.

Authorship information

Kaja Kowalczevska. Ph. D., post-doc conducting research on international law and new technologies, member of the Polish Red Cross Commission for the Promotion of International Humanitarian Law. kaja.kowalczevska@uwr.edu.pl

Additional information and author’s declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: This paper came about within the framework of Academic Excellence Hub – Digital Justice Center carried out under Initiative of Excellence – Research University at the University of Wrocław, Poland.

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: 28/07/2023
- Desk review and plagiarism check: 10/08/2023
- Review 1: 16/08/2023
- Review 2: 22/08/2023
- Review 3: 23/08/2023
- Preliminary editorial decision: 06/09/2023
- Correction round return: 07/09/2023
- Final editorial decision: 20/09/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

KOWALCZEWSKA, Kaja. War-Torn Justice: Empirical Analysis of the Impact of Armed Conflict on Fair Trial Guarantees in Ukraine. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1061-1107, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.896>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


The Impact of the Concept of Continental (Romano-Germanic) Criminal Procedure on the Phenomenon of “Epistemic Injustice”

O impacto do conceito de processo penal continental (romano-germânico) no fenômeno da “injustiça epistêmica”

Maria Rogacka-Rzewnicka¹

University of Warsaw, Warsaw, Poland

mrzewnicka@poczta.onet.pl

 <https://orcid.org/0000-0002-0714-2103>

ABSTRACT: The present article concentrates on the systemic and institutional environment characteristic of the sphere of criminal trial as being a source of reality called “epistemic injustice”. The subject of this analysis is criminal procedure applicable in continental Europe. In this attempt to transpose the concept of “epistemic injustice” coined by Miranda Ficker to criminal procedure, certain specific systemic and institutional solutions were accentuated, which may contribute to injustice in relation to different aspects of the procedure. Three important institutions regulating criminal procedure were taken into account: the concept of prosecuting crimes, procedural consensualism, and the crime victim. The conclusions are not based on hard arguments that would directly prove the phenomena described by M. Fricker. It was concluded that “epistemic injustice” is more a matter of the facts than the law, although – as it was attempted to show – particular legal solutions may in a specific manner contribute to the state designated by that term. The presented threats are comprised mainly in the reality termed in literature as “epistemic agential injustice”.

KEYWORDS: epistemic injustice; epistemic agential injustice; criminal procedure; legalism; opportunism; consensualism; victim.

¹ Professor at the University of Warsaw, Poland; the Faculty of Law and Administration; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law.

RESUMO: O presente artigo analisa o ambiente sistêmico e institucional característico da esfera do julgamento penal como fonte da realidade denominada “injustiça epistêmica”. O objeto deste estudo é o processo penal aplicável na Europa continental. Nesta tentativa de transposição do conceito de “injustiça epistêmica” cunhado por Miranda Fricker para o processo penal, acentuaram-se certas soluções sistêmicas e institucionais específicas, que podem contribuir para a injustiça em relação a diferentes aspectos do processo. Foram levadas em consideração três importantes instituições reguladoras do processo penal: o conceito de perseguição dos crimes, o consenso processual e a vítima do crime. As conclusões não são baseadas em argumentos sólidos que comprovem diretamente os fenômenos descritos por M. Fricker. Concluiu-se que a “injustiça epistêmica” é mais uma questão de fatos do que de direito, embora – como se tentou mostrar – soluções jurídicas específicas possam contribuir de uma forma direta para o Estado designado por esse termo. As ameaças apresentadas estão compreendidas principalmente na realidade denominada na literatura como “injustiça agencial epistêmica”.

PALAVRAS-CHAVE: injustiça epistêmica; injustiça epistêmica agencial; processo penal; legalidade; oportunidade; consensualidade; vítima.

I. GENERAL CONSIDERATIONS

The notion of “*epistemic injustice*” is usually associated with the concept put forward by Miranda Fricker, a British philosopher, who in her work *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*² writes about the problem of unjust treatment of entities due to their race, sex, age, and social status within two types of epistemic injustice distinguished by her: testimonial injustice and hermeneutical injustice. M. Fricker’s book became grounds for developing the concept of epistemic injustice and for formulating new theories around this conceptual category³. The universal

² FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, Oxford University Press 2007.

³ See PÁEZ, Andrés.; MATIDA, Janaina. Editorial of dossier “Epistemic Injustice in Criminal Procedure”, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* (Brazilian Journal of Criminal Procedure) vol. 9 No.1 (2023), pp. 18-27.

nature of the subject of that work stimulated considerable interest, while the global context of the “epistemic injustice” category became inspiration for representatives of social sciences for transposing it to numerous areas of knowledge. One of them is law, and the discipline in which “epistemic injustice” shows multiple facets and has a special pivotal significance is criminal trial. The popularity of M. Fickner’s theorem caused the term “epistemic injustice” to function also as a conceptual code being applied in a number of disciplines. How well T. Hobbes’ diagnosis fits to this fact with respect to reason, about which he wrote that it is attained “first in apt imposing of Names; and secondly by getting a good and orderly Method in proceeding from the Elements, which are Names, to Assertions made by Connexion of one of them to another; and so to syllogismes, which are the Connexions of one Assertion to another, till we come to a knowledge of all the Consequences of names appertaining to the subject in hand (...)”⁴. The term “epistemic injustice” as I use it refers with its content to the original meaning, but in general falls within the scope determined by A. Páez and J. Matida as a “wider version of epistemic injustice”⁵. Their interesting paper contains a discussion of the concepts of testimonial injustice and hermeneutical injustice from the perspective of criminal procedure⁶. However, a dominant perspective for this article is established by considerations underlying the phenomenon defined as “epistemic agential injustice”⁷ demonstrated by the conduct of officers of justice administration authorities in criminal cases and - as I argue - also in certain solutions characteristic of continental criminal law. The notion of “epistemic agential injustice” is related by J. Lackey⁸ to the testimonial injustice category but the forms of influence on and manipulation of testifying persons may, in my opinion, also affect procedural actions

⁴ HOBBS, Thomas, *Leviathan*, <https://www.holybooks.com/wp-content/uploads/Thomas-Hobbes-Leviathan.pdf>

⁵ PÁEZ, Andrés.; MATIDA, Janaina. Editorial of dossier..., p. 13.

⁶ PÁEZ, Andrés.; MATIDA, Janaina. Editorial of dossier..., p. 14 et seq.

⁷ LACKEY, Jennifer. Eyewitness testimony and epistemic agency. *Noûs* 2022, v. 56, n. 3, pp. 696–715.

⁸ LACKEY, Jennifer. False confessions and testimonial injustice. *Journal of Criminal Law & Criminology*, v. 110, p. 43–68, 2020 (As cited in PÁEZ, Andrés.; MATIDA, Janaina. Editorial of dossier..., p. 20 et seq).

and conduct. This latter matter has not been, in principle, analysed so far in the rather extensive literature devoted to the “epistemic injustice” issue, although it seems to be both interesting and important. The basis for considerations are formed by continental-type criminal procedure. It is characteristic of the juridical system applicable across the continental European countries, where the law was shaped under the influence of Roman tradition, as opposed to the common law⁹ system. In this geographic area and its prevailing law, criminal procedure is based on common assumptions, although in particular countries different and distinctive solutions also exist. The most representative examples are German and French criminal law. On the other hand, Polish criminal procedure - which is a rather classic example of the continental model - lays groundwork for the presentation of phenomena substantiating “epistemic injustice”.

The article consists of five parts. Part one (I) is an introduction to the article aspects, and its purpose is to indicate that the concept of continental (Romano-Germanic) criminal procedure may contribute to the existence of “epistemic injustice” when criminal cases are examined. Part two (II) deals with threats to fundamental principles on which criminal law is based and which arise from the contemporary challenges combined with social and political pressure. In part three (III) I discuss the crime prosecution concept as a potential source of “epistemic injustice”. Part four (IV) elaborates on the crime victim and the contemporary victimological trend in terms of threats arising from the inequality of procedural parties. In part five (V) procedural consensualism is analysed as a method of overcoming “epistemic injustice”. My stance expressed in the conclusion is that the concept of continental criminal procedure may affect the condition termed “epistemic injustice”. One of the causes of this state of affairs are conflicts occurring between the adherence to principles embodied in this model and contemporary challenges combined with social and political pressure.

As its title suggests, this study concentrates on the systemic and institutional environment characteristic of the sphere of criminal

⁹ GORLA, Gino. Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la Common Law, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 15 N°1, Janvier-mars 1963, pp. 5-18.

trial as being a source of reality and termed “epistemic injustice”. Here the concept of criminal procedure and its impact on the existence of the phenomenon in question gains importance. A research problem expressed that way calls for a nuanced approach. Admittedly, it is not based on obvious facts that would be explicit and would directly prove the phenomena described by M. Fricker. Anyway, theories developed based on M. Ficker’s concept are also grounded on a similar approach. It enabled researchers to go beyond the sphere of the original argumentation and to open up the “epistemic injustice” issue to discussion in the forum of different social sciences, including law.

II. CONTEMPORARY THREATS TO THE *ULTIMA RATIO* CONCEPT OF CRIMINAL LAW

From the perspective of systemic environment, the main task is to indicate features of the criminal case examination model that may inadvertently contribute to the condition called “epistemic injustice”. Obviously, this condition is not a simple consequence of the principles and assumptions that make up continental criminal procedure, but is caused by them indirectly.

One of the contexts of this aspect is the *ultima ratio* concept of criminal law, which refers both to substantive criminal law and procedural criminal law. In both cases a rule applies according to which criminal law may be found applicable on the principle of necessity, that is - as a last resort, where other measures and methods of resolving legal conflicts are found ineffective or insufficient¹⁰. This basic rule of criminalization is of much significance in continental European countries and in the European Union¹¹. However, it clashes with reality, which draws on completely

¹⁰ JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*), 2 Ohio State Journal of Criminal Law 2004, pp. 521-534; UTRAT-MILECKI, Jarosław. Pe-nologia ogólna. Perspektywa integralnokulturowa, tom 1 Kara kryminalna jako ogólna kategoria instytucji prawnej i społecznej [General penology. Culturally integral perspective, volume 1: Criminal penalty as a general category of legal and social institution], Warsaw 2022, pp. 79-85.

¹¹ MELANDER, Sakari. *Ultima Ratio* in European Criminal Law, European Criminal Law Review 3(1), 2013, pp. 48-51.

contrary expectations. In many countries criminal law is undergoing renaissance, with lawmakers disregarding costs of the policy that favours the most restrictive liability regime - criminal regime.

The current trend of extensive use of criminal law corresponds with the perception of law from the perspective of its repressive capacity. Along with such an approach, a stereotype of law is fixed as that of being an oppressive tool of compelling appropriate conduct, and a harmful conviction arises about a deficit of regulations that are not fitted with the strongest possible preventive and enforcing mechanisms. The identification of law with its causal power consistently leads to measures that ensure the attainment of that goal instantaneously and on an optimum scale. The structural advantage of the criminal sanction over other liability measures is expressed by the maximized preventive effect which is clearly discerned and appreciated by contemporary lawmakers. The suggestive and the causative capacities of the penalty are potentially the dominant factors strengthening the effects of the adaptation and enforceability of the law, to an extent exceeding the measures applied based on other liability regimes, but - as noticed by N. Frize – such thinking is an illusion. He gave the following justification: “We are fooled by criminal law and its false promises [...] criminal law leads to a growth of violent criminality as a result of brutalizing, spoiling the victim, and prevents us from reflecting on the best solutions [...]”¹². That statement is a rather firm diagnosis of the anti-effectiveness of criminal law to the extent that it causes the radicalization of attitudes and hinders the choice of other measures to react to the existing evil. The said illusion consists in a short-sighted identification of criminal law with the effect of maximum efficiency, without factoring in negative consequences of its application.

Despite this illusion and contrary to the *ultima ratio* rule, in continental European countries a growing phenomenon can be observed of instrumental and utilitarian employment of criminal law in isolation from the system of values and guarantees that traditionally underlies it. This phenomenon gives rise to a constantly growing number of incriminated

¹² FRIZE, Nicolas. *Le sens de la peine*, Paris 2004, pp. 74-75.

behaviours¹³. In addition, its unmeasurable and uncountable consequences can be brought up. The instrumental and utilitarian employment of criminal law may amplify the mental conviction about the availability and ordinariness of this instrument. This awareness may in turn become a dangerous tool in the hands of public officers in a situation where criminal law, together with its superabundance and omnipresence, has stopped being the law of limits. This fact creates a climate conducive to the development of a phenomenon being termed “epistemic agential injustice”. A situation where the legislators themselves trivialize criminal liability may adversely affect the attitudes of state representatives, and especially - of law enforcement authorities, by creating a climate of tolerance and even impunity with respect to behaviours that otherwise are abuses or violations of the law. Arguably, criminalizing activities are usually accompanied by the determination of states to achieve the intended purposes, while it is an obligation of state authorities to carry them out effectively. Criminal procedure is a forum that provides opportunities to apply measures being in a direct contact with the sphere of fundamental human rights, hence the guarantee to apply it as the last resort is of so much importance.

The elucidation above serves the purpose of emphasizing threats arising from the currently ambivalent attitude of contemporary lawmakers to the *ultima ratio* rule in criminal law. This thought was more bluntly expressed by N. Queloz when he wrote in the title of his article about its end¹⁴. The rule, considered to be the cornerstone of criminal law in the territory of continental Europe, is dangerously confronted with today’s political challenges and may be thought to be losing this confrontation.

¹³ According to the French Ministry of Justice (Direction des affaires criminelles et des grâces, DACG), during the last 11 years the number of crimes grew by 3,600. As at 31 January 2022, it was 15,400. In the years 2018-2021 alone, 4 laws were adopted in France with respect to sexual violence and family violence (la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes; la loi du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille; la loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales; la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes sexuels et de l’inceste). In Poland, the Criminal Code has been amended 21 times since 2019, and in Germany - 32 times (this data derives from the official government websites).

¹⁴ QUELOZ, Nicolas. Les dérives des politiques pénales contemporaines. La fin de l’ultima ratio du droit pénal, *Revue Suisse de Criminologie*, 2013, no. 2.

III. THE CRIME PROSECUTION CONCEPT AS A POTENTIAL SOURCE OF EPISTEMIC INJUSTICE

The context and objectives of realizing justice in criminal cases entail the escalation of tensions. The social pressure on investigators' efficiency frequently combined with their personal drive for success, and finally the frequently narrow focus on the objective, which is bringing the defendant to criminal justice, often lead to diminished significance of such circumstances such as the equal treatment of all the participants in the procedure or the application of the fair treatment principle by criminal procedure authorities, especially at its investigation stage. Because of its specificity, it requires solutions ensuring procedural fairness¹⁵. Bearing in mind that in the continental type of investigation stage it is largely kept secret from the public and from the parties themselves, and a number of procedural acts carried out at that time is not subject to verification, its fairness in terms of objectiveness and equal treatment of procedural opponents can be ensured mainly by the correct practice of law enforcement authorities. Thus, the investigation stage is the phase of criminal trial in which the importance of general legal directives as well as legally unspecified rules of procedural fairness come to the forefront in the situation of a limited role of legal regulations and of the possibility to externally verify the work of law enforcement authorities at this stage. This is why the investigators' professional and deontological honesty is of so much importance in this phase. An additional argument in support of this stance is the fact that the decision on instituting criminal procedure is accompanied by certain discretion caused by lack of strict legal criteria. This feature refers equally to countries where legalism and those where opportunistic prosecution prevails¹⁶. These mechanisms of performing

¹⁵ ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Znaczenie "niepisanych" reguł postępowania dla tworzenia podstaw rzetelnego procesu karnego [The significance of "unwritten" rules of procedure for the creation of the foundations of a fair criminal trial] (in:) *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesora Zofii Świdry* [The Fair Criminal Trial. Jubilee Book of Professor Zofia Świda], ed. J. Skorupka, Wolters Kluwer 2009, pp. 92-106

¹⁶ In continental-type criminal procedure two crime prosecution concepts are represented. In the sphere of influence of the German juridical culture, the dominant position is occupied by the principle of legalism. This is a directive

the prosecuting and accusing functions entail the utmost professional and ethical requirements imposed on the police and the prosecution, with a justification for this approach being e.g. the existence in their work of a serious range of decision-making discretion, and thus the exertion of considerable imperative influence on shaping legal reality. At the same time, it is commonly known that it is impossible to completely design a given system, especially in terms of people's behaviours and attitudes.

The first procedural behaviour that is a specific test of such honesty is the reaction of a prosecuting authority to a notification of the suspected commission of a crime¹⁷. Unfortunately, situations where victims were discouraged to initiate procedural acts are not uncommon. Sometimes such practices take the form of mental pressure on the notifier applied by references being made to multiple extralegal arguments the

proclaiming that a procedural authority appointed to prosecute crimes is obliged, upon receiving substantiated information about the commission of a publicly prosecuted crime, to institute and carry out criminal procedure. On the other hand, the principle of opportunism is applied mainly in the Roman juridical area and means that the procedural authority may refrain from bringing an action where it is inexpedient to carry out criminal procedure due to public and/or social interest (WALTOŚ, Stanisław.; HOFMAŃSKI, Piotr. *Proces karny. Zarys systemu*, [Criminal procedure. System Outline], Warsaw 2023, p. 306; DESPORTES, Frédéric.; LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale*, Paris 2016, pp. 788-797; GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*, Paris 2022, p. 973; BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*, Paris 2022, p. 694 et seq. DEBOVE, Frédéric; FALLETTI, François; PONS Iris. *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris 2022, pp. 701-702).

¹⁷ ŚWIDA, Zofia. Wpływ organów ścigania na wszczęcie i przebieg postępowania karnego [Influence of law enforcement authorities on the institution and course of criminal procedure] (in:) *Aktualne problemy prawa i procesu karnego*. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu [Current problems of the law and the criminal trial. Book offered to Professor Jan Grajewski], ed. M. Płachta, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, vol. XI, p. 243 et seq.; J. Czapska, Tendencje oportunistyczne w pracy polskiej policji [Opportunistic tendencies in the work of Polish Police] (in:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności*. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltośa [Principles of criminal trial vs. contemporary challenges. Book in honour of Professor Stanisław Waltoś], ed. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warsaw 2000, p. 474-475; DODA, Zbigniew. Wszczęcie postępowania karnego-mechanizmy selekcji [Institution of criminal procedure-mechanisms of selection] (in:) *Proces karny, a polityka karna* [Criminal trial vs. criminal policy], ed. S. Waltoś, Kraków 1991, p. 16 including the literature indicated.

purpose of which is to convince them about lack of any chance whatsoever to find the perpetrator, about problems that may arise for them or about the immateriality of the case. The aspects underlying such situations may be both signs of extralegal opportunism taking the shape of extremely unethical conduct as well as less drastic cases of: negligence, lack of care and scrupulousness, unintended omissions or involuntary neglect. The sources of that practice is usually not prejudice or aversion on personal grounds but reasons of a different type, nevertheless those behaviours of law enforcement authorities ultimately discredit a certain category of victims. Even if this is not a concrete social group, of importance is the sole fact that such situations occur in practice. The effect of unjust treatment of certain crime victims covers in general minor criminal offences but a reference point for evaluating such practices is not the objective immateriality of the case, but the subjective interest of the victim whose case was trivialized. The investigators' passive attitude arising from extralegal opportunism may cause frustration on the part of persons treated in this manner. It may be viewed by those persons as disregard, aversion, denial of credibility or another type of discredit. This example illustrates not only situations where victims who give notice of committed crimes are treated as subjects, but in legal systems based on the principle of legalism in prosecution - also a gap between the obligation to prosecute every crime arising from that principle and cases where this obligation is ignored by law enforcement authorities. Although everyone realizes that this phenomenon exists, it cannot be illustrated with any hard evidence. The occurrence of such unlawful practices is irrefutable, though statistically immeasurable.

Sometimes such behaviours of the Police are reported by the press. Recently in Poland the case has reverberated of a deaf-mute's ineffective notification of fraud¹⁸. The policeman refused to accept her notification. The woman, who was accompanied by the President of the Institute of Deaf People's Matters (*ISG*), tried to file a notification in writing but the policeman refused to issue a police report. He suggested that the victim describe the case by e-mail, which is troublesome for deaf people, if not entirely impossible, as Polish is for them a foreign

¹⁸ The Gazeta Wyborcza daily of 5 March 2023.

language. The Police did not arrange for the presence of an interpreter of sign language. Ultimately, the notifier and other individuals in a similar situation received a message that is to discourage them from submitting notifications of committed crimes.

Such behaviours do not stem from uniform motivation but eventually boil down to the abuse of power by Police officers in relation to persons reporting crimes, where this could be for various reasons inconvenient or troublesome for them. Such practices consist of exerting psychological pressure on notifiers, creating situations without alternatives, or misleading them by the reliance on false arguments. Such conduct designates the classic condition of “epistemic agential injustice”.

In legal systems where the principle of legalism in prosecuting crimes applies, such improper conduct of investigators may take a more subtle form of the lack of constructive response to the committed crime or a passive attitude to the given case. Being aware of the danger of violating the principle of legalism, legislators introduce to codes certain solutions that enable the victim to directly refer the case to a criminal court. Such an example is the institution of a subsidiary indictment¹⁹ provided for in article 55 of the Polish Code of Criminal Procedure. In German criminal trial, a similar role is taken by the action enforcing a complaint (*Das Klageerzwingungsverfahren*), regulated in § 172-177 of *Strafprozessordnung*²⁰.

Therefore, the concept of legalism in prosecution - the essence of which comprises the equal treatment of every person, the transparency of investigators' actions, the certainty that every perpetrator of a crime will not avoid criminal liability - does not always mean in practice automatic adherence to the aforesaid values. Its uncompromising resoluteness is the source of violations committed by investigators at the expense of interests of concrete entities, irrespective of the social costs of those anti-legalistic

¹⁹ ZAGRODNIK, Jarosław. Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym [The institution of a subsidiary complaint in criminal trial], Warsaw 2005.

²⁰ WIŚNIEWSKI, Łukasz. Niemiecki proces karny [German criminal trial] (in:) System Prawa Karnego Procesowego, Tom II Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoporównawczym [The System of Procedural Criminal Law, Volume II Criminal trial. Model solutions in comparative law], ed. P. Kruszyński, P. Hofmański, Warsaw 2014, pp. 413-415.

practices. This analysis cannot omit the suspect's perspective. Being a central character of the criminal law justice system, they are subjected to its oppressive tools in accordance with a procedural key determined in advance. Paradoxically, the principle of legalism based on the concept of "zero tolerance" to crimes committed²¹, which symbolises values that are generally desired, may be in individual situations a source of injustice. Sometimes problems may be caused by it being inflexible and irrefutable.

In countries where prosecuting opportunism exists, the standardization of response to committed crimes - so characteristic of legalism - was rejected and that system is found not only to be antieconomic but also unjustified from the perspective of the rule of proportionality in legal intervention. The criteria of delimitation are established by the seriousness of the crime, the circumstances of its commission, and the person of the perpetrator. It should be stressed that the principle of opportunistic prosecution is a measure of self-limitation of criminal law, owing to the rejection of the top-bottom duty to react to each crime committed²². Thus, a lawful selection occurs of cases that do not deserve the formal involvement of prosecuting authorities. By force of the prosecutor's decision, cases that do not represent much public significance are excluded, which exclusion constitutes at the same time an instrument for managing criminal policy. The nature of this instrument is inherently eliminating. The concept of opportunistic prosecution rejects in its essence the extensiveness of criminal system, preferring moderation in using criminal procedure. In addition to the evaluation of objective inconveniences of the legalistic system, such as absorbing courts with trivial cases and - consequently - "clogging" the administration of justice with them, opponents of that concept even invoke ethical arguments. R. Merle and A. Vitu argue that the obligation imposed by investigation procedure to prosecute and accuse is a tool of obstinacy and private hatred. Thus, the authors indicated an ethical advantage of the concept that recognizes the right of the prosecutor to discretionarily

²¹ TYLMAN, Janusz. *Zasada legalizmu w procesie karnym [The principle of legalism in criminal procedure]*, Warsaw 1965, p. 74 et seq.

²² KUCZYŃSKA, Hanna. Selection of Defendants before the ICC: Between the Principle of Opportunism and Legalism, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 34 (2014), pp. 188-189.

decide about the legal consequences of committed crimes. The conviction about the fairness of the prosecutor's decisions is based on public trust. Moreover, the significance of the rationality of those arrangements is accentuated, which arises from the belief that not every wrongdoing – bearing in mind its culpability or the person of the perpetrator – equally deserves prosecuting. For this reason, the standardization of response to a crime – being a feature characteristic of the principle of legalism – is viewed by proponents of the contrary prosecuting concept as equal to decision-making cruelty.

For the sake of symmetry, also dangers arising from the principle of opportunism should be indicated. The encapsulated therein decision-making freedom of law enforcement authorities to institute criminal procedure and bring an indictment to the court gives rise to a risk of unequal treatment of persons committing crimes. The risk is relatively higher than that arising from the opposite principle of legalism. The prescription that underlies the legalism principle to institute criminal procedure in any criminal case sounds categorical, contrary to a solution that vests in investigators the right to decide at their discretion about that matter. The independent and unrestricted evaluation of a crime in terms of the purposefulness of prosecuting, being so characteristic of the opportunism concept, causes natural doubts about the lawfulness of such a system and about respect for the principle of equal treatment in and the transparency of criminal policy. A potential danger is the flexibility of the concept itself, which enables the emergence of different behaviours and visions of criminal policy. The realism of associated dangers is reflected by historical examples of the reactivated principle of opportunism in countries where authoritarian (totalitarian) bodies gained prevalence. It applied during Hitler's rule, being a tool for violating law²³, although German *Strafprozessordnung 1877* was unambiguously based on the legalism principle. This change in the direction of prosecuting crime assumed the use of the flexibility of opportunism in order to attain different personal and collective goals. Such a motivation is also possible

²³ MATHIAS, Eric. Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne, Centre National de la Recherche Scientifique 1999, coll. C.N.R.S.Droit, p. 56.

in less extreme circumstances. The political appeal of the opportunism concept consists in its flexibility that enables a stronger impact on the performance of a specific criminal policy. Its consequence may also be somebody's inelible benefit derived from the groundless resignation from prosecuting the wrongdoer due to their professional or social status or other properties. Remarkably, a legal system based on the procedural principle of opportunism rules out such situations as being in violation of the law, however it is not equipped with categorical mechanisms of preventing improper practices.

The freedom entrusted to law enforcement authorities to decide about consequences of committed crimes is based on the principle that the authorities will meet the highest legal standards and on confidence in their honesty. From this perspective a potential advantage of the principle of legalism in prosecution is ensured by the categorically sounding prescription to institute a criminal action in every criminal case, which is not, however, automatically tantamount to proper conduct. In this case every behaviour which violates that absolute prescription becomes more prominent.

From the axiological and deontological point of view both principles are based on identical duties. When writing about the relatively higher risk of unequal treatment of persons having committed punishable acts based on the principle of opportunism in prosecution, I mean the content of and the conditions underlying that principle, especially the opportunity to flexibly interpret it in the law application process. On the other hand, the characteristic features of the prosecuting concept at hand may constitute a source of decisions being the most appropriate in the given circumstances as they are based on individualized perception.

In order to somewhat reconcile the contradictions between both prosecution concepts, it can be stated that only their simultaneous presence in the legal system is an element rationalizing the system of justice in criminal cases. Legalism *a limine* constitutes the affirmation of values such as: equality before the law, uniformity of procedural practices, openness and transparency of the justice system, confidence in public law enforcement authorities or respect for the law. In turn, the concept of opportunism offers rational pragmatism and functional approach to initiating criminal prosecution. It enables non-identical (and

non-standard) approach to crime perpetrators, which does not have to signify their unequal treatment. Conversely, their individualized treatment is sometimes a necessary element of justice. First and foremost, the opportunism principle may be a tool for a rational selection of criminal cases, used in the name of fairness and justice. Personal circumstances requiring individualized treatment should be taken into consideration at all times. This postulate has nothing to do with the legally reprehensible situation of unequal treatment of the parties.

In view of the above, the crime prosecution concept may entail certain risks of unequal or unjust treatment of the parties. Their distribution is uneven and has different sources, but both in the case of the principle of legalism and the principle of opportunism, appropriate procedural practice is of fundamental significance. J. Zajadło put it as follows “the law as a decision of the legislator is merely a quantity of paper on which a formalised conventional text is written, its true face is revealed only in the process of its application and interpretation. Judges often encounter so-called hard cases where morality, economics, politics, and religion meet in addition to the law”²⁴.

IV. DEVELOPMENT OF VICTIMOLOGICAL TREND AND ITS INFLUENCE ON EPISTEMIC INJUSTICE

The systemic and institutional environment of “epistemic injustice” in criminal procedure can also be analysed from the perspective of intensified victimological trend.

While diagnosing the causes underlying the collapse of the *ultima ratio* principle for criminal law²⁵, N. Queloz indicated among other things the development of victimological movement. The involvement of the state in promoting crime victims leads – in his opinion – to the precedence of their rights at the expense of the accused, which affects the extent of criminal liability. Recognizing the correct direction towards making the

²⁴ ZAJADŁO, Jerzy. Sumienie sędziego [*Judge's conscience*], *Ruch Prawny Ekonomiczny i Socjologiczny* [*Economic and Sociological Legal Movement*], Year LXXIX-issue 4-2017.

²⁵ QUELOZ, Nicolas. Les dérives des politiques pénales contemporaines....., pp.5-6.

victim a subject of criminal procedure, the aforesaid element may be viewed as a potential cause of unequal treatment. The transmission of criminal procedure to reality oriented towards goals connected with crime victims was in the 90s of the 20th century so violent and far-reaching in a number of countries that a pejorative term of *victimology*²⁶ was coined for that circumstance. Along with the progress in that direction, it is no longer certain that criminal procedure is first of all the defendant's procedure. This is because once the victim is termed as a happy child of the legislators²⁷, and another time pejoratively as a "court animal"²⁸.

Not long ago the fact that the defendant was positioned centrally in criminal procedure could not have given rise to any doubt. Doubts and objections may have arisen from the systemic absence of the victim from the procedure. This is generally characteristic of countries representing common law, while in countries belonging to the civil law system it was common almost until the end of the 20th century²⁹. A radical change of the approach in continental Europe countries to crime victims was a systemic breakthrough. As mentioned above, making the victim a subject of criminal procedure and guaranteeing the victim actual presence therein became a foundation to build on it new procedural relations and to create new opportunities for settling criminal disputes based on equal treatment of the opposite procedural parties. Significantly, though, this reality is not one-dimensional.

²⁶ ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. *Proces karny w perspektywie ewolucji naukowej i współczesnych trendów rozwojowych* [Criminal trial in the perspective of scientific evolution and contemporary trends of development], Warsaw 2021, pp. 418-419.

²⁷ CONTE, Philippe. *La participation de la victime au processus pénal: de l'équilibre procédural à la confusion des genres*, *Revue de Droit Pénal* 2009, n° 3, p. 539.

²⁸ RASSAT, Michèle-Laure. *Traité de procédure pénale*, Paris 2001, p. 252.

²⁹ BONFILS, Philippe. *La participation de la victime au procès pénal. Une action innommée* (in:) *Le droit à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, Cujas*, Paris 2006, p. 179; ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. *O zjawisku "prywatyzacji" ("cywilizacji") prawa karnego w świetle koncepcji celu postępowania karnego. Krótki rys historycznoprawny* [About the phenomenon of the "privatization" ("civilization") of criminal law in the light of the purpose of criminal procedure. A brief historical and legal outline.], *The Prokuratura i Prawo journal* 2010, nos. 1-2, p. 245 et. seq.; GARDOCKI, Lech. *Prawo karne* [Criminal Law], C.H.Beck, Warsaw 2003, p. 19 et. seq.

The direction of transforming criminal procedure, connected with making the victim a subject thereof, caused some danger of disproportionate understanding of procedural priorities. In addition, having been consistently pursued since the end of the last century, it covered with its reach numerous countries and significantly affected the shape of contemporary criminal procedure in countries ruled by civil law. In a number of countries, the victimological ideology has changed criminal trial in real terms. The changes consisted not only in the introduction of new solutions that take into account the interests of crime victims and emphasize their legal subjectivity, but they were also of systemic and philosophical nature. Provisions concerning this matter occupy the most prominent places in codes. The Polish Code of Criminal Procedure recognizes as one of its primary objectives the consideration of the victim's legitimate interests and at the same time respect for the victim's dignity (article 2 § 1 point 3). In the French Code of Criminal Procedure, the crime victim appears in different contexts in *Titre préliminaire - Dispositions générales* (articles from 1 to 10-6).

The victim stepping in the orbit of the most important objectives of criminal procedure meant for the defendant exiting from the central stage, contrary to the classic essence of their participation therein. One of the consequences of this change is that crime victims may become incommensurately privileged or may excessively influence the realization of justice in criminal cases. The current status of the victim may be a new source of procedural antagonisms, both at the level of the criminal procedure model and at the level of single solutions. These risks are reflected by the term “victidemagogy” that expresses negative assessment of the legislators' excessive concentration in criminal procedure on the crime victim³⁰.

Importantly, this systemic volatility and instability of objectives and directions of criminal procedure may become a source of concerns about the possibility to guarantee equal treatment of all the parties, in a

³⁰ ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Proces karny w perspektywie ewolucji naukowej i współczesnych trendów rozwojowych [Criminal trial in the perspective of scientific evolution and contemporary trends of development], Warsaw 2021, pp. 418-419 and pp. 426-433.

situation where the legislator's attention is consistently focused mainly on one of them. Such a conclusion would call for being illustrated with concrete examples, but it is not examples that matter so much - rather the general danger that the vector ensuring relative procedural balance will shift to another place. In this case the procedural balance is not tantamount to the full equality of the parties (their complete equivalence), but it means the adoption of an appropriate proportion between the method of reflecting in regulations the specificity of the defendant and defining the status of the crime victim. Furthermore, experience and intuition teach that the new trend, that is ensuring crime victims' subjectivity, may have different levels of intensity in procedural practice. This is an extremely delicate and rather immeasurable matter, but ultimately quite crucial. Essentially, the sphere of practice is of decisive significance from the perspective of applying the principles on which the fairness of criminal procedure depends. One of them is the principle of equal treatment of participants by the procedural authorities.

V. PROCEDURAL CONSENSUALISM AS A METHOD OF OVERCOMING ANTAGONISMS

In modern criminal trial history, the most prominent is the concept of justice being imperatively realized by the state. In continental criminal trial a breakthrough occurred at the end of the 20th century, along with alternative methods of resolving criminal cases being admitted by legislators. Procedural consensualism turned out to be not only a method to overcome problems augmenting in justice systems of numerous countries, but most of all - an appropriate route to resolve conflicts caused by the crimes committed. As part of this trend, mediation in criminal cases started to develop.

A common assumption for the institution of consensual settlement of criminal cases is the realization of justice as part of limiting procedural formality and resigning from some of its obligatory forms. In exchange, the parties to the settlement obtain measurable benefits. The *do ut des* structure underpinning this relationship offers in essence justice that is more indulgent, friendlier in the forms being applied, more concentrated on the content than on the external aspect, as well as quicker and cheaper.

The formal self-limitation, being typical of consensual measures, together with substantive benefits for the parties to the settlement, may be equated with the operation of the principle of necessity in procedural criminal law. These forms are incorporated into the system of procedural guarantees; they offer justice that in principle fulfils the criteria of fairness. At the same time, the fact that consensual institutions entail formal minimalism and the indispensability of response to the committed crime makes of them a useful and rational tool for influencing the legal and penal reality. It should be assumed that criminal justice realized as discussed here fulfils all the necessary conditions, and also enables moderation in using repressions both at the level of sanctions and the system of imposing them. Due to their nature, consensual methods enable avoiding procedural formalism that in certain situations may be a source of stress or even of the sense of institutional oppression.

The conventionality of criminal procedure and the considerable level of its formalization are no guarantees of its rule of law, fairness and justness. In the context of those values, it may be more significant to settle a criminal case by way of a mutual approval by the parties, rather than by way of a court's imperative order. Procedural settlements are based on the procedural opponents' agreement. They lead to extinguishing the conflict brought about by the crime, with each of the parties participating as subjects of the proceedings. In these circumstances, they do not feel cornered by the reality of the "hard" procedure. Thus, the parties are less likely to deny facts. Another advantage is the judge occupying the position of an impartial arbitrator in view of the lack of the need to actively get involved in the dispute, which involvement might occasion unequal treatment of the parties. Procedural consensualism creates the most appropriate conditions for determining the truth.

In a criminal trial of any type, the detection of the truth is an essential drive and most often the highest value³¹. This is an overriding

³¹ See more in: ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Nowa kultura poszukiwania prawdy w procesie karnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego na podstawie ustawy z dnia 27 września 2013 roku. Perspektywa systemowa [A new culture of truth-seeking in criminal trial in the light of the amendments to the Code of Criminal Procedure under the law of 27 September 2013. Systemic perspective] (in:) *Polski proces karny i materialne prawo*

purpose for the usually complicated configuration of activities that represent the celebration of actions taken to determine the truth. As A. Garapon and J. Papadopulos stated, there are different truth-seeking cultures³². When analysing this phenomenon in the context of criminal trial, these authors consider the entities performing this task, together with the methods whereby it is done, to be the most important differentiation criteria. While in common law the entities burdened with the determination of the truth are the procedural parties, in continental Europe they are first of all judges. The general difference refers to the level of activity, but also to the concept of the judge's role in both systems. In the continental model, the judge is an administrator of the proceedings and its main director. In common law – as A. Garapon writes – they appear only as those who do not decide about the truth but facilitate its finding³³. In the continental system the truth derives from structured sources, such as interrogation records, analyses, expert reports, which are obtained with the participation of expert authorities, progressively and according to the judge's concept and conviction. The process runs linearly in this model and its composition is foreseeable. In the complaint and adversarial system the truth is deduced from the spectacle of a carefully prepared battle³⁴. The judge's role is not direct interference with the fact-finding process that is to determine the winner. The winner is ultimately declared in the final judgment. In the "battle" model, the evidence is not accumulated and stored as a set but rather provided by the parties in a dynamic discourse. As Foucault wrote, evidence does not serve the purpose of localizing who tells the truth, but determining the stronger party in proving it, and at

karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi w z okazji Jego 90. Urodzin [Polish criminal trial and substantive criminal law in the light of the 2013 amendments. Jubilee book dedicated to Professor Janusz Tylman on the occasion of his 90th Birthday], ed. Tomasz Grzegorzczak, Warsaw 2014, pp. 107-124.

³² GARAPON, Antoine.; PAPANOPULOS, Joannis. *Juger en Amerique et en France*, Odile Jacob, Paris 2003, p. 123.

³³ GARAPON, Antoine. *Preuve et vérité dans les procès français et américain* (in:) <http://academielegislation.fr/IMG/pdf/garaponpreuverite.pdf>, p. 5.

³⁴ As cited in GARAPON, Antoine. *Preuve et vérité.....*, p. 2.

the same time - the one who is right³⁵. In this case, credibility is achieved not only by truth, but also by rhetoric.

As already said, procedural consensualism establishes the most appropriate conditions to learn the truth. It is determined mainly by way of an official top-down procedure, but also within a dialogue and agreement of the parties. The procedural settlement institution is well summed up by the maxim of the Roman jurist Ulpian Domitius: “*volenti non fit iniuria*” (“to a willing person, injury is not done”). Alternative justice administration methods may serve the sense of equality and subjectivity of the parties, the realization of the victim’s right to find the truth, and especially - conciliation between the perpetrator and the victim. These are the most desirable ways of settling a case caused by a crime. Reaching the aforesaid purposes is generally impossible within the classic procedure, which is dominated by formalism, conventionality, rigid rules of conduct, and concrete relationships between particular participants in criminal procedure. In the conditions of the statutorily imposed celebration of the procedure, there is no place for dialogue, parties’ agreement or the opportunity to view the crime from the other party’s perspective.

IV. CONCLUSION

In this attempt to transpose the concept of “epistemic injustice” authored by Miranda Ficker to criminal procedure, certain specific systemic and institutional solutions were accentuated, which may contribute to injustice in relation to different purposes of the procedure. This sphere is especially sensitive to the justice and injustice category in a number of its manifestations. Three important institutions regulating criminal procedure were taken into account: the concept of prosecuting crimes, procedural consensualism, and the crime victim. In each one of them a significant role is played by the aspect of individualized decision-making, both at the level of legal determinations and at the level of extralegal relations and interactions.

³⁵ FOUCAULT, Michel. La vérité et les formes juridiques (in:) Dits et écrits, coll. *Quarto*, Paris, Gallimard 2004, vol. 1, n° 139, p. 1561.

The presented examples show dangers to the principle of equal treatment, the hypothetical underlying factor of which may be the concrete properties of the given criminal trial system. In their analysis and evaluation, it was impossible to use “hard” and explicit evidence, which is illustrated by the frequency of statements about potential, likely or hypothetical influence of systemic solutions on the reality of criminal trials. I assume that none of the legal institutions analysed creates an inherent threat to the principle of fair treatment of the procedural parties, but only that their application entails a higher risk of impairing this value in procedural practice. Reference to practice is of key importance. This is because it is based on the assumption that ultimately everything depends on the people: their professionalism, proper attitude, professional and personal honesty, diligence, and good will. The indicated features of individuals realizing justice in criminal cases are decisive for overcoming various risks originating from natural human imperfections that may cause someone to become their involuntary victim. I reject by assumption the factors of ill will and intentional actions being taken against someone. No legal system will ever be able to ensure full protection against the risk of unfair treatment of parties to criminal procedure, which is why “epistemic injustice” is ultimately more a matter of the facts than the law, although – as it was attempted to show – particular legal solutions may in a specific manner contribute to the state designated by that term. This interesting issue undoubtedly deserves an in-depth analysis in the format of a monographic study. Undoubtedly, the interesting sociological concept of “epistemic injustice” is transposable broadly and adequately to the discipline of criminal procedure.

Paradoxically, the source of threats may be the intransigence permeating certain solutions adopted in continental criminal procedure, which does not withstand the pressure of challenges this discipline must currently face. This circumstance may in turn provide during the examination of a criminal case a suitable environment for the occurrence of a phenomenon termed in literature as “epistemic agential injustice”.

REFERENCES

BONFILS, Philippe. La participation de la victime au procès pénal. Une action inconnue (in:) *Le droit à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, Paris 2006.

BOULOC, Bernard. *Procédure pénale*, Paris 2022.

CONTE, Philippe. La participation de la victime au processus pénal: de l'équilibre procédural à la confusion des genres, *Revue de Droit Pénal* 2009, n° 3.

CZAPSKA, Janina. Tendencje oportunistyczne w pracy polskiej policji [Opportunistic tendencies in the work of Polish Police] (in:) *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltośa* [Principles of criminal trial vs. contemporary challenges. Book in honour of Professor Stanisław Waltoś], ed. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warsaw 2000.

DESSPORTES, Frédéric.; LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale*, Paris 2016.

DODA, Zbigniew. Wszczęcie postępowania karnego-mechanizmy selekcji [Institution of criminal procedure-mechanisms of selection] (in:) *Proces karny, a polityka karna* [Criminal trial vs. criminal policy], ed. S. Waltoś, Kraków 1991.

FOUCAULT, Michel. La vérité et les formes juridiques (in:) *Dits et écrits*, coll. Quarto, Gallimard, Paris, 2004, vol. 1, n° 139.

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

FRIZE, Nicolas. *Le sens de la peine*, Paris 2004.

GARAPON, Antoine. *Preuve et vérité dans les procès français et américain* (in:) <http://academielegislation.fr/IMG/pdf/garaponpreuverite.pdf>

GARAPON, Antoine.; PAPADOPULOS, Joannis. *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, Paris 2003.

GARDOCKI, Lech. *Prawo karne* [Criminal Law], C.H.Beck, Warsaw 2003.

GORLA, Gino. Intérêts et problèmes de la comparaison entre le droit continental et la Common Law, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 15 N°1, Janvier-mars 1963.

GUINCHARD, Serge.; BUISSON, Jacques. *Procédure pénale*, Paris 2022.

HOBBS, Thomas. *Leviathan* <https://www.holybooks.com/wp-content/uploads/Thomas-Hobbes-Leviathan.pdf>.

JAREBORG, Nils. *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 *Ohio State Journal of Criminal Law* 2004.

KUCZYŃSKA, Hanna. *Selection of Defendants before the ICC: Between the Principle of Opportunism and Legalism*, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 34 (2014).

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

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

MATHIAS, Eric. *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Centre National de la Recherche Scientifique 1999, coll. C.N.R.S.Droit.

MELANDER, Sakari. *Ultima Ratio in European Criminal Law*, *European Criminal Law Review* 3(1), 2013.

PÁEZ, Andrés.; MATIDA, Janaina. *Editorial of dossier "Epistemic Injustice in Criminal Procedure"*, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal (Brazilian Journal of Criminal Procedure)* vol. 9 No.1 (2023).

QUELOZ, Nicolas. *Les dérives des politiques pénales contemporaines. La fin de l'ultima ratio du droit pénal*, *Revue Suisse de Criminologie*, 2013, no. 2.

RASSAT, Michèle-Laure. *Traité de procédure pénale*, Paris 2001.

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. *Nowa kultura poszukiwania prawdy w procesie karnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego na podstawie ustawy z dnia 27 września 2013 roku. Perspektywa systemowa [A new culture of truth-seeking in criminal trial in the light of the amendments to the Code of Criminal Procedure under the law of 27 September 2013. Systemic perspective] (in:) *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tylmanowi w z okazji Jego 90. Urodzin [Polish criminal trial and substantive criminal law in the light of the 2013 amendments. Jubilee book dedicated to Professor Janusz Tylman on the occasion of his 90th Birthday]*, ed. Tomasz Grzegorzczuk, Warsaw 2014.*

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. *O zjawisku "prywatyzacji" ("cywilizacji") prawa karnego w świetle koncepcji celu postępowania karnego. Krótki rys*

historycznoprawny [About the phenomenon of the “privatization” (“civilization”) of criminal law in the light of the purpose of criminal procedure. A brief historical and legal outline], *The Prokuratura i Prawo* journal 2010, nos. 1-2.

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Proces karny w perspektywie ewolucji naukowej i współczesnych trendów rozwojowych [Criminal trial in the perspective of scientific evolution and contemporary trends of development], Warsaw 2021.

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Znaczenie “niepisanych” reguł postępowania dla tworzenia podstaw rzetelnego procesu karnego [The significance of “unwritten” rules of procedure for the creation of the foundations of a fair criminal trial] (in:) *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdy* [The Fair Criminal Trial. Jubilee Book of Professor Zofia Świda], ed. J. Skorupka, Wolters Kluwer, Warsaw 2009.

ŚWIDA, Zofia. Wpływ organów ścigania na wszczęcie i przebieg postępowania karnego [Influence of law enforcement authorities on the institution and course of criminal procedure] (in:) *Aktualne problemy prawa i procesu karnego. Księga ofiarowana Profesorowi Janowi Grajewskiemu* [Current problems of the law and the criminal trial. Book offered to Professor Jan Grajewski], ed. M. Płachta, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, vol. XI.

TYLMAN, Janusz. Zasada legalizmu w procesie karnym [The principle of legalism in criminal procedure], Warsaw 1965.

UTRAT-MILECKI, Jarosław. Penologia ogólna. Perspektywa integralnokulturowa, tom 1 Kara kryminalna jako ogólna kategoria instytucji prawnej i społecznej [General penology. Culturally integral perspective, volume 1: Criminal penalty as a general category of legal and social institution], Warsaw 2022.

WALTOŚ, Stanisław.; HOFMAŃSKI, Piotr. Proces karny. Zarys systemu [Criminal procedure. System outline], Warsaw 2023.

WIŚNIEWSKI, Łukasz. Niemiecki proces karny [German criminal trial] (in:) *System Prawa Karnego Procesowego, Tom II Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawno-porównawczym* [The System of Procedural Criminal Law, Volume II Criminal trial. Model solutions in comparative law], ed. P. Kruszyński, P. Hofmański, Warsaw 2014.

ZAGRODNIK, Jarosław. Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym [The institution of a subsidiary complaint in criminal trial], Warsaw 2005.

ZAJADŁO, Jerzy. Sumienie sędziego [Judge’s conscience], *Ruch Prawny Ekonomiczny i Ruch Prawny Ekonomiczny i Socjologiczny* [Economic and Sociological Legal Movement], Year LXXIX-issue 4-2017.

Authorship information

Maria Rogacka-Rzewnicka. Professor at the University of Warsaw, Poland; the Faculty of Law and Administration; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law. mrzewnicka@poczta.onet.pl

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: 30/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 29/01/2023
- Transfer to V9N3: 20/02/2023
- Review 1: 02/05/2023
- Review 2: 08/05/2023
- Preliminary editorial decision: 04/08/2023
- Correction round return: 30/08/2023
- Final editorial decision: 01/09/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. The Impact of the Concept of Continental (Romano-Germanic) Criminal Procedure on the Phenomenon of “Epistemic Injustice” . *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1109-1135, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.800>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Estipulaciones probatorias y verdades negociadas: una reflexión sobre los acuerdos probatorios en el sistema procesal penal colombiano

*Evidentiary Stipulations and Negotiated Truths: A Reflection on the
Evidentiary Agreements in the Colombian Criminal Procedure System*

Andres Felipe Arango Giraldo¹

Universidad Autónoma Latinoamericana – Medellín, Colombia


afarango@udemedellin.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0003-3210-3066>

Mónica María Bustamante Rúa²

Universidad de Medellín – Medellín, Colombia

mmbustamante@udemedellin.edu.co

 <https://orcid.org/0000-0002-1029-1468>

RESUMEN: Se parte de la premisa de establecer la verdad como objetivo institucional del proceso jurisdiccional para luego analizar la institución de las estipulaciones probatorias en el proceso penal colombiano. Se procura luego la respuesta al interrogante sobre ¿qué se entiende por verdad negociada? para, posteriormente, presentar una breve aproximación a la regulación de las estipulaciones probatorias en algunas legislaciones de Latinoamérica. Finalmente, se ofrece un planteamiento acerca del rol del juez en las estipulaciones probatorias de cara al objetivo institucional del proceso penal de la búsqueda de la verdad.

¹ Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia. Colombia. Docente pregrado y posgrados. Juez Penal del Circuito de Envigado/Antioquia. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo.

² Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia. Colombia. Docente investigadora de la Facultad de Derecho. Directora de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo. Integrante del Grupo de Investigaciones em Derecho Procesal. Investigadora Asociada Minciencias. Doctora en Derecho.

PALABRAS CLAVE: estipulaciones probatorias; verdad negociada; acuerdos probatorios; proceso penal; búsqueda de la verdad.

ABSTRACT: *It starts from the premise of establishing the truth as an institutional objective of the judicial process to then analyze the institution of evidentiary stipulations in the Colombian criminal process. Then, the answer to the question about what is meant by negotiated truth is sought? After that, a brief approach to the regulation of evidentiary stipulations in some Latin American legislations is presented. Finally, an approach is offered about the role of the judge in the evidentiary stipulations facing the institutional objective of the criminal process of the search for the truth.*

KEYWORDS: *evidentiary stipulations; negotiated truth; evidentiary agreements; criminal process; search for truth.*

SUMARIO: Introducción. 1. La verdad como objetivo institucional del proceso penal: qué entender por verdad negociada?; 2. Las estipulaciones probatorias en el proceso penal colombiano; 3. Interrogantes sobre las estipulaciones probatorias en el sistema procesal penal colombiano; 4. Las estipulaciones probatorias en algunas legislaciones procesales penales de Centro y Suramérica; 5. El rol del juez en las estipulaciones probatorias de cara al objetivo institucional del proceso penal de la búsqueda de la verdad; 6. Reflexiones conclusivas: Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Sí el hallazgo de la verdad es uno de los objetivos institucionales del proceso penal, ¿son compatibles los acuerdos probatorios con dicha finalidad? Para dar respuesta a ese interrogante se realiza un acercamiento a lo que se comprende por verdad negociada en los sistemas de enjuiciamiento criminal, aquella que permite la posibilidad de determinar hechos jurídicamente relevantes a través de instrumentos diseñados para ese propósito, como las “estipulaciones probatorias”, esto es, acuerdos entre las partes sobre hechos que no ameritan discusión con el fin de depurar el debate probatorio, pero sin renunciar a sus pretensiones en el litigio. Luego, se lleva a cabo un análisis a la institución de las estipulaciones probatorias

en el proceso penal colombiano desde su naturaleza y caracterización. Posteriormente, se abordan algunos cuestionamientos alrededor de dicha institución en la legislación y la jurisprudencia colombianas.

En igual sentido, se hace una descripción de la regulación de las estipulaciones o acuerdos probatorios en algunas legislaciones de Latinoamérica, la mayoría de las cuales exigen que el hecho o circunstancia objeto de acuerdo se soporte en antecedentes investigativos o medios de convicción. El trabajo concluye con una reflexión en torno al rol del juez en las estipulaciones probatorias frente al objetivo institucional del proceso penal de búsqueda de la verdad.

1. LA VERDAD COMO OBJETIVO INSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL: ¿QUÉ ENTENDER POR VERDAD NEGOCIADA?

Para introducirnos en el tema nos remitimos a diferentes teorías que hacen referencia al concepto de verdad como propiedad de ciertos enunciados, ya que el procedimiento probatorio de apreciación y valoración que adelantan los jueces se dirige a poder afirmar que ciertos hechos objeto de prueba son o no verdaderos, pero lo que se afirma es “la verdad no de hechos sino de *enunciados* sobre los hechos”³. Estas teorías se conocen como: teorías semánticas de la verdad como correspondencia⁴,

³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. 2.^a edición. Madrid, Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2004, p. 50. Al respecto, Michel Taruffo afirma: “Ciertamente, cuando se habla de ‘hechos’ no se hace referencia a los hechos en su existencia material y empírica: las narraciones solo pueden comprender ‘enunciados sobre hechos’. Un enunciado sobre un hecho es cualquier enunciado en el que se describe que un evento ocurrió ‘de tal y cual manera’ en el mundo real (el que obviamente, se supone existente y no meramente imaginado soñado). En tanto escribe algo que se asevera haber ocurrido en el dominio de la realidad, ese enunciado es apofántico: puede ser verdadero o falso”. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Barcelona: Marcial Pons, 2010, p. 55.

⁴ “La verdad de un enunciado consiste en su adecuación a la realidad (o estado de cosas) a que se refiere, en su correspondencia con los hechos”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 54.

teorías sintácticas de la verdad como coherencia⁵, teorías pragmatistas⁶, cognoscitivismo y concepción semántica de la verdad.

Las concepciones coherentistas y pragmáticas han sido objeto de críticas y cuestionamientos, pues se las considera “planteamientos *contraintuitivos* que, además, no se adecuan al objetivo del proceso de fijación judicial de los hechos”⁷. Por ello, la profesora Marina Gascón sostiene que

(...) son *contraintuitivos* porque, tanto en el lenguaje común como en el lenguaje judicial, no se anuncia que un conjunto de enunciados sobre hechos sean verdaderos porque resulten internamente coherentes (...) o porque sea aceptado (...) o resulte más simple que otros, sino porque los hechos que describen han sucedido realmente (...), los conceptos coherentistas y pragmatistas de verdad *se desconectan del objetivo del proceso* de fijación judicial de los hechos, que no es otro que la reconstrucción de los hechos tal y como sucedieron⁸.

Destaca entonces esta autora que las dificultades señaladas y anotadas se pueden superar si se asume una epistemología realista, fundamento o núcleo central de un modelo cognoscitivista, que se caracteriza por que los enunciados fácticos se conciben como descripciones de hechos. En ese sentido, el concepto de verdad al que refieren “es el semántico de la *verdad como correspondencia o adecuación*”⁹. En este punto, hace un llamado de atención para diferenciar entre una epistemología realista (permite mantener los esfuerzos por un conocimiento objetivo) y las epistemologías subjetivistas (hacen imposible un conocimiento objetivo)¹⁰.

⁵ “La verdad de un enunciado consiste en su pertenencia a un conjunto coherente de enunciados”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 54.

⁶ “Un enunciado es verdadero si está justificado creer que es verdadero porque sirve a algún fin (versión instrumentalista) o porque es aceptado (versión consensualista)”. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 54.

⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 59.

⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 64.

⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 60.

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, p. 61.

En coherencia con lo planteado en torno a la articulación entre verdad y prueba, Marina Gascón expone aspectos puntuales de una concepción cognoscitivista de la prueba, al decir que la verdad objetiva o material no es más que la correcta descripción de los hechos (verdad como correspondencia) —*simplemente verdad*— y que la verdad procesal o formal, por su parte, es la descripción de los hechos formulados en el proceso —*simplemente prueba*—¹¹.

Michele Taruffo, por su parte, planteó la misma dificultad en torno al estatus epistemológico del enunciado con el cual el juez, luego de la valoración de los medios de prueba disponibles y del nivel de demostración que estos atribuyen a las hipótesis relativas a los hechos del proceso, afirma que tales hechos han sido verificados y en consecuencia deben ser considerados como “verdaderos”¹².

En torno a la verdad absoluta, Taruffo encuentra que la existencia de normas jurídicas y de límites de diversa índole excluye toda posibilidad de obtener verdades absolutas en el proceso judicial. Asimismo, tales normas no son suficientes para diferenciar la verdad que se establece dentro del proceso de la que se establece por fuera de él. En cuanto a la verdad relativa, para el profesor Taruffo resulta práctico y sensato hablar de verdad relativa como la única verdad propia del proceso, tal y como en otros campos de la experiencia¹³. Dicha verdad relativa lo es respecto de los medios de conocimiento y del contexto, pues depende de lo que la misma ley le traza y de otros aspectos, tales como presuposiciones y conceptos.

¹¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Al respecto, se puede consultar de la misma autora el artículo: “La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación”. En: CARBONELL, M., FIX-FIERRO, H., VÁZQUEZ, R. (coords.). *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*. México: Porrúa-UNAM, 2004, p. 301-323. <https://cmappublic2.ihmc.us/rid=1MY-BL04CF-7G0W1S-47L8/Prueba%20Gascon.pdf>

¹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002. Al respecto, se puede también consultar: TARUFFO, Michele. “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba” *Discusiones*, n.º 3, 2003, p. 81-97. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2003.2406>. TARUFFO, Michele. “Probabilidad y Prueba Judicial”. En: *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal (Memorias)* (Trad. de Mónica Fernández Muñoz). Bogotá: Universidad Libre e Instituto Colombiano de Derecho Procesal, septiembre de 2005, p. 1077-1097.

¹³ TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*, p. 13-14.

Para Jordi Ferrer Beltrán, los hechos probados pueden llegar a ser totalmente distintos de los hechos ocurridos. En consecuencia, es plausible sostener que la verdad material de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo, es decir, de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Para este autor, la verdad formal es aquella que goza de autoridad jurídica y a la cual se le atribuye la calificación de verdadera, formalmente, a los hechos probados por el juez en la sentencia¹⁴.

De acuerdo con Ferrer Beltrán, para desempeñar su función de administrar justicia, el juez debe tratar de llegar a la verdad por medio de las pruebas, dado que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Señala que la verdad material muestra la prueba como un reflejo de la verdad y que la verdad procesal es la que se conoce y se declara jurídicamente. Desde su visión, una postura flexible sería aquella que tratara de averiguar cómo ocurrieron los hechos realmente, pero siendo consecuente con los resultados obtenidos que son limitados en el contexto del proceso, en cuanto solo aportan una verdad probable.

De lo expuesto se desprende que la verdad procesal tiene una función práctica, pues es a través del proceso, de sus diferentes etapas, que se llega a una sentencia, a una decisión judicial que los habitantes del conglomerado se ven sujetos a respetar para mantener la convivencia. Sin embargo, se observa una restricción en la búsqueda de la verdad material como garantía procesal establecida y respaldada en el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en relación con el debido proceso como principio que permea el valor de la justicia. Al reconocer la existencia de las diversas teorías en tan álgido debate, sostenemos, como punto de partida, que el hallazgo de la verdad se erige en un objetivo institucional¹⁵ dentro del proceso jurisdiccional para lo que ahora nos ocupa: lo penal.

¹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.

¹⁵ “Existen en cambio buenas razones para adoptar una actitud de optimismo racionalista en el plano metodológico, es decir, como criterio de análisis. La principal de esas razones, (...) es que es necesario situar la determinación verdadera de los hechos entre los objetivos institucionales del proceso, dado que

Por supuesto que esta visión no es compartida de manera unánime, pues, como lo sostiene Taruffo, hay quienes encuentran en el proceso jurisdiccional una herramienta para la mera solución de los conflictos intersubjetivos de intereses, siendo la prueba un elemento de persuasión o de convencimiento, bien hacia el juez o hacia los jurados¹⁶.

Nuestra premisa estructural parte, en primer lugar, de comprender que la civilidad¹⁷ democrática del proceso jurisdiccional no permite abandonar el objetivo de hallar la verdad como único camino para conseguir una decisión justa¹⁸. Como con acierto lo sostienen De-Lorenzi y Ceolin¹⁹, a pesar de que el hallazgo de la verdad ha justificado, en otras

sin esta hipótesis es casi imposible explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión”. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, p. 168.

¹⁶ Al respecto, sostiene Taruffo: “esta teoría del proceso no es, empero, la única existente y no goza de aceptación general. Por el contrario, existe otra teoría del proceso bastante diferente que ha sido y sigue estando muy difundida, (...) Esta teoría afirma que el objetivo principal del proceso judicial, y más en general, de la administración de Justicia, es resolver el conflicto entre las dos partes del caso”. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2008, p. 21.

¹⁷ “(...) (L)a verdad real, que es la aspiración ineludible, si bien fatigante y difícil de alcanzar, a que tienden los procedimientos penales de todos los pueblos civilizados”. DEI MALATESTA, Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol. II. Bogotá: Editorial Temis, 1973, p. 39.

¹⁸ “Así, en el desarrollo ordinario de sus funciones, los jueces deben realizar varios análisis en pro de la justicia, puesto que, como diría Taruffo (2008, p. 112), el ideal de justicia en el proceso está centrado en la decisión del juez, y la decisión judicial debe ser producto de la sustentación conjunta de tres instituciones: el respeto al debido proceso, la validación de los hechos a través de la prueba y la selección e interpretación adecuada de la norma aplicable al caso”. CARVAJAL, Diana. M., PANIAGUA GALEANO, Alexander. “El control de convencionalidad y las garantías jurídicas en el proceso para el subrogado penal”. *Revista Científica General José María Córdoba*, vol. 19, n.º 34, 2021, p. 416.

¹⁹ “Contudo, essa constatação não tem o condão de justificar a expulsão definitiva da verdade do processo penal. Que o discurso sobre a busca da verdade es-teja historicamente ligado a regimes autoritários e à legitimação de abusos não é suficiente para excluí-la como um dos objetivos do processo penal, mas apenas para retirar-lhe o aspecto de fim último ou preponderante, a justificar todos os meios”. DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. “O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 117, ano 29, p. 71-132, mar. 2021, p. 79.

épocas, regímenes totalitarios y métodos arbitrarios para la justificación de la decisión judicial, no por ello puede abandonarse su búsqueda como fin institucional del proceso.

Las verdades son relativas, contextuales²⁰ y aproximadas, lo cual no significa que sean irrelevantes o inalcanzables. En la búsqueda de la verdad real, el peor escenario en el que puede encontrarse dicha finalidad es en el de la aproximación a lo que llamamos verdad procesal. En segundo lugar, siguiendo nuevamente a Taruffo, se considera que “existe la posibilidad de descubrir, con métodos adecuados y atendibles, la verdad referida a eventos del mundo externo”²¹.

Los hechos existen con independencia de nuestra aceptación o negación de ellos y, en igual sentido, son verdaderos o falsos con independencia de nuestra afirmación o negación de estos. Nuestra realidad es empíricamente constatable y no corresponde a un constructivismo social, a diferencia de la interpretación que podemos hacer de un hecho. En este sentido, compartimos la apreciación sostenida por González Lagier²², en cuanto a que los hechos son (i) ontológicamente objetivos, y (ii) los hechos percibidos son epistemológicamente subjetivos y (iii) subjetivamente interpretados, pero en medio de la intersubjetividad existen suficientes elementos que nos permiten aceptar la realidad de un hecho cuando este se encuentra suficientemente acreditado.

Pues bien, intentaremos responder el siguiente interrogante: ¿qué es la verdad negociada en el proceso penal? bajo estas dos premisas: (1) el hallazgo de la verdad es uno de los objetivos institucionales del proceso y (2) es posible, dentro del proceso jurisdiccional, hallar dicha verdad a través de los métodos adecuados.

Previo a ello, debemos advertir que, en esta oportunidad, nuestra atención no se concentra en la verdad que se construye a través de las terminaciones anticipadas del proceso, bajo figuras como las de confesión

²⁰ TARUFFO, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. *Revista Discusiones*, vol. 3, p. 15-41, 2003, p. 17.

²¹ TARUFFO, Michele. “¿Verdad negociada?”. *Revista de Derecho*, vol. XXI, n.º 1, p. 129-151, 2008, p. 133.

²² GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Los hechos bajo sospecha: Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial”. En: *Quaestio Facti*. (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013, p. 11.

sincera, acuerdos de responsabilidad o *plea bargaining*, pues en estas instituciones, de una u otra manera, el acusado se declara responsable de la conducta endilgada a cambio de alguna compensación estatal.

La verdad negociada que motiva esta reflexión es la que admite la posibilidad de poder determinar uno o varios de los hechos jurídicamente relevantes a través del uso adecuado de métodos o instrumentos diseñados para tal propósito, como las “estipulaciones probatorias”, propias de sistemas de enjuiciamiento criminal tipo acusatorio, en procura de la depuración del debate probatorio, pero sin renunciar a la pretensión acusatoria del Estado y exculpatoria de la defensa. Se trata de los acuerdos sobre hechos pacíficos respecto de los cuales a las partes no les interesa discutir, sin desistir de sus pretensiones litigiosas.

Pues bien, si el fin del proceso y la prueba penal es tanto la solución del conflicto o resolución de la controversia, como también la búsqueda de la verdad, que no es solo verdad formal (mera fijación formal de los hechos) ni estrictamente verdad material (entendida como verdad real o empírica), ¿qué rol juegan las partes y el juez en la construcción de la verdad? ¿Es posible acaso construir una “verdad negociada” con todas sus implicaciones y riesgos?

Sobre la verdad negociada en el proceso civil, Michele Taruffo plantea que:

(...) el problema de la posibilidad de configurar acuerdos entre las partes que tengan por objeto la verdad de los hechos de la causa. (...) nace esencialmente en razón de la consolidación (...) de la tendencia que establece que los hechos que deben ser determinados en juicio vienen a fijarse en función de la conducta de las partes, o sea mediante la combinación entre la alegación de los hechos obra de una de las partes y la refutación de ellos obra de la otra parte. Si, por tanto, un hecho alegado no viene (en tiempo) refutado, se considera *pacífico*, lo que significa (...) que él no es objeto de prueba y ni siquiera de decisión²³.

Desde un punto de vista funcional, Taruffo explica que, por economía procesal, se busca que el objeto de la actividad probatoria sea

²³ TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada?, p. 138.

simplificado al inicio del proceso, es decir que un hecho no refutado sea excluido del tema de prueba. De allí que nos recuerde este autor que la jurisprudencia ha creado y aplicado la categoría de “hecho pacífico”.

La verdad negociada en el proceso penal, bajo la línea que define el presente estudio, consiste, en esencia, en una concepción negocial o bilateral según la cual corresponde a las partes establecer cuáles hechos darán por probados y que, en consecuencia, no serán objeto de alegación fáctica o de objeción probatoria. Ello significa que las partes en el proceso penal tienen el poder de establecer qué hecho debe o no probarse, lo que conlleva, además, el poder de determinar qué hecho debe o no ser tenido como verdadero para la decisión jurisdiccional penal.

En síntesis, entendemos por verdad negociada la posibilidad que tienen las partes de fijar los hechos o circunstancias que se darán por ciertos dentro del proceso, que forman parte del tema de prueba y tendrán efectos en la configuración de la verdad de los hechos de la sentencia.

Ahora bien, Michele Taruffo plantea, con objetividad y sustento, que sobre esta cuestión también existen riesgos, cuando sostiene que:

(...) afirmar que el enunciado de hecho no objetado deba ser tomado como verdadero a los fines de la decisión implica un elevado riesgo de error. Fundar la decisión sobre un enunciado de hecho formulado en un momento del proceso en el que no se sabe nada en relación a la verdad o falsedad de él, en cuanto no se han adquirido todavía elementos de prueba al respecto, implica el riesgo que se asuma como verdadero un enunciado que por el contrario es falso²⁴.

A partir de la conceptualización de la verdad negociada en el proceso penal, nos proponemos a continuación analizar la institución de las estipulaciones probatorias dentro del proceso penal del sistema acusatorio colombiano, con el fin de establecer si ellas son adecuadas — junto a los demás medios de prueba— para hallar la verdad de los hechos.

²⁴ TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada?, p. 147.

2. LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

El escenario para el desarrollo de las estipulaciones probatorias en el procedimiento penal ordinario²⁵ es el de la audiencia preparatoria, lo cual presupone la imputación de cargos (ante el juez de garantías), la respectiva presentación de la acusación, su formalización en audiencia pública²⁶ y el desarrollo de la audiencia preparatoria del juicio oral en sus fases de instalación, pronunciamiento sobre el descubrimiento probatorio y enunciación de los medios de prueba que las partes pretenden hacer valer (todo lo anterior ante el juez de conocimiento)²⁷. Una vez las partes e intervinientes conocen la evidencia descubierta que se pretende hacer valer como medio de prueba, el director del proceso ofrece el espacio para el desarrollo de las estipulaciones probatorias.

En su naturaleza, las estipulaciones probatorias son acuerdos realizados entre la Fiscalía y la defensa sobre hechos o circunstancias²⁸ respecto de los cuales no versa la controversia sustantiva²⁹, de allí que se trate de actos bilaterales que se concentran en el tema de prueba limitado por los hechos jurídicamente relevantes, los hechos indicadores de estos o la autenticidad de la evidencia³⁰.

De dicha noción se deriva que las estipulaciones probatorias conciernen a la Fiscalía y la defensa —eventualmente al acusador privado, conforme a la Ley 1826 de 2017 que permite, en ciertos eventos, la conversión de la acción penal pública en privada—, razón por la cual no

²⁵ Para diferenciarlo del procedimiento penal especial abreviado, incorporado mediante la Ley 1826 de 2017, en el cual se suprime la audiencia de imputación y en su lugar se opta por el traslado de acusación, y a su vez se fusionan las audiencias de acusación y preparatoria en la llamada audiencia concentrada. En este procedimiento, las estipulaciones probatorias tienen lugar en la audiencia concentrada.

²⁶ Colombia. Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal. arts. 286, 336, 337 y 339.

²⁷ Ley 906 de 2004, arts. 355 y 356 (numerales 1, 2 y 3).

²⁸ Ley 906 de 2004, art. 356. Parágrafo.

²⁹ Ley 906 de 2004, art. 10.

³⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 44932 (SP9621-2017), 2017.

vinculan a la víctima como interviniente especial³¹ ni al Ministerio Público como interviniente constitucional³², quienes, en gracia de discusión, podrán emitir su voz a favor o en contra de los acuerdos realizados, mas no son llamados a hacer parte de ellos.

El concepto de *controversia sustantiva* no viene regulado en la legislación, pero puede entenderse como aquel hecho o circunstancia que, si bien es objeto de prueba³³, es decir, hace parte de los enunciados fácticos propios del caso que se estudia, no constituye el eje central de la discusión, pero, en todo caso, debe resultar pertinente³⁴ frente a la configuración de la teoría del caso de las partes, pues carecería de objeto llegar a acuerdos sobre hechos intrascendentes o inútiles para el debate. Precisamente, la teoría del caso de las partes en contienda es la que condiciona el concepto de controversia sustantiva, puesto que, en función de la postulación fáctica que pretenda acreditarse, existirá o no discusión sobre el particular.

Pensemos en un ejemplo sencillo: si entre la Fiscalía y la defensa se pretendiera dar como probado el hecho de que el acusado portaba el arma de fuego homicida y que, en efecto, fue quien la disparó y ocasionó la muerte a la víctima, el operador judicial de inmediato consideraría no válido dicho acuerdo, porque implicaría una renuncia a garantías fundamentales³⁵, en este caso a la garantía de la no autoincriminación³⁶, lo que lo llevaría a no aprobar la estipulación probatoria, puesto que a través de ella el procesado estaría admitiendo su autoría en el hecho típico investigado.

³¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-209 de 2007.

³² *Constitución Política de Colombia*, 1991, art. 277.

³³ “(...) el objeto de la prueba está constituido por los ‘hechos del caso’, pero está claro que estos no son eventos empíricos, dado que, siendo en la gran mayoría de los casos eventos que se han producido antes y fuera del proceso, el juez no puede percibirlo directamente”. TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 251.

³⁴ Ley 906 de 2004, art. 375.

³⁵ Ley 906 de 2004, art. 10, inciso cuarto: “el juez podrá autorizar los acuerdos y estipulaciones a que lleguen las partes y que versen sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales”.

³⁶ *Constitución Política de Colombia*, art. 33.

En principio, tal planteamiento del juez de la causa resultaría acertado, porque el hecho estipulado implica el reconocimiento de la participación del acusado en el hecho investigado, pero vamos a suponer que la teoría de la defensa del caso se inclina a probar la existencia de una legítima defensa³⁷, por lo cual el objeto de discusión no sería si su representado fue quien disparó el arma de fuego, sino establecer si dicha conducta obedeció a la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, frente a una agresión injusta, actual o inminente de parte de un tercero. Como puede observarse, la controversia sustantiva en este evento versaría sobre la existencia de la agresión por parte del tercero, su antijuridicidad y la proporcionalidad en la respuesta del acusado, no en el hecho de que llevase un arma de fuego y que la hubiese accionado, porque la teoría defensiva tendría como presupuesto, para acreditar la legítima defensa, los comportamientos previamente descritos. Es así que controversia sustantiva y teoría del caso son conceptos inescindibles.

Las estipulaciones deben fundarse sobre hechos o circunstancias conocidos de manera legal por las partes, porque la interferencia investigativa que comprometa garantías fundamentales debe estar fundada en un profundo respeto del principio de legalidad³⁸, ya que la ley debe definir los presupuestos y condiciones de admisibilidad de la evidencia.

Igualmente, de la noción de las estipulaciones probatorias puede comprenderse que dichos acuerdos versan sobre hechos o circunstancias, no sobre medios de prueba³⁹, razón por la cual no resultaría válido dar como hecho cierto la evidencia, en primer lugar, porque lo que es objeto de controversia sustantiva no es la existencia de la prueba, sino los hechos de la acusación —o de la refutación—, y, en segundo lugar, porque lo que puede ser objeto de estipulación es el hecho concreto que puede derivarse de la evidencia —como soporte probatorio de aquella—, mas no la existencia de la prueba.

³⁷ Colombia. Ley 599 de 2000. Código Penal, art. 32, inciso 6.

³⁸ BUJOSA VADELL, Lorenzo, BUSTAMANTE RÚA, Mónica, TORO GARZÓN Luis Eduardo. “La prueba digital producto de la vigilancia secreta: Obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia”. *Revista Brasileira de Derecho Procesal Penal*, vol. 7, n.º 2, 2021, p. 1359.

³⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 44106 (AP5589-2016), 2016.

Lo anterior no es óbice para que, en ciertos eventos, determinados elementos o evidencias sean objeto de estipulación, por ejemplo, cuando se pretende dar como un hecho cierto, sobre el que no versará la discusión, la emisión de una providencia judicial⁴⁰ proferida por un juez que viene siendo acusado del delito de prevaricato por acción⁴¹, ya que el objeto de la discusión se centrará en que aquella providencia contrarió manifiestamente la ley. En casos como el que se pone de presente, la discusión no necesariamente versará sobre la efectiva emisión de la providencia judicial —que bien puede ser objeto de estipulación en cuanto a su existencia y autoría—, sino que se reservaría a los elementos normativos del tipo penal: lo manifiestamente contrario a la ley.

A través de las estipulaciones probatorias, las partes renuncian a postular y practicar pruebas dentro del proceso⁴², pues lo que es objeto de pacto se entenderá como probado, y no será necesario aportar o discutir otras evidencias sobre el particular. Como quiera que la oportunidad procesal para solicitar la práctica de las pruebas es la audiencia preparatoria⁴³, al ser aprobadas las estipulaciones el juez deberá abstenerse de decretar pruebas sobre hechos dados por ciertos mediante el convenio, y una vez culminada la audiencia no resultará viable realizar nuevas peticiones probatorias, salvo los eventos de prueba sobrevinientes⁴⁴ como consecuencia de la aparición de un medio de prueba no conocido por las partes al momento de la audiencia, pero cuyo desconocimiento no obedezca a la negligencia investigativa de los sujetos procesales, y siempre que no afecte el derecho a la defensa y la integridad del juicio y que, además, resulte sumamente relevante para el objeto de la discusión.

⁴⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 56180 (SP903-2021), 2021. También, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 55405 (AP4059-2021), 2021.

⁴¹ Ley 599 de 2000, art. 413.

⁴² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 58871 (SP5369-2021), 2021.

⁴³ Ley 906 de 2004, art. 374.

⁴⁴ Ley 906 de 2004, art. 344, inciso final.

3. INTERROGANTES SOBRE LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL COLOMBIANO

En principio, el juzgador tiene que dar por probado aquello que fue objeto de estipulación entre las partes, pero ¿qué sucede si al momento de valorar la prueba practicada el juez encuentra que resulta contraevidente el hecho estipulado con esa prueba?, o ¿si lo que fue objeto de estipulación —hecho o circunstancia— no fue soportado con ninguna evidencia?

Posteriormente volveremos sobre estos interrogantes. Por ahora, debe recordarse que en el sistema procesal penal colombiano el juez de conocimiento tiene prohibido el decreto y la práctica oficiosa de pruebas⁴⁵, por lo tanto la incertidumbre probatoria que pueda derivarse, tanto de la práctica probatoria publicitada en juicio como de la que es objeto de estipulación, se ceñirá a la que sea objeto de aporte de las partes e intervinientes procesales, sin que el juez pueda ahondar en la búsqueda de otros elementos y, en todo caso, teniendo como estándar de distribución del riesgo del error⁴⁶ el de la presunción de inocencia⁴⁷.

Las estipulaciones probatorias condicionan el decreto de pruebas y depuran el objeto del debate, por lo tanto no resulta posible retractarse de su contenido⁴⁸, porque una vez aprobadas en el escenario natural de la audiencia preparatoria —sin menoscabo de que surjan nuevas

⁴⁵ Ley 906 de 2004, art. 361. “PROHIBICIÓN DE PRUEBAS DE OFICIO. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

⁴⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, p. 104.

⁴⁷ Para una discusión amplia sobre el estándar de prueba, véase: BUSTAMANTE RÚA, Mónica y PALOMO VÉLEZ, Diego. “La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile”. *Ius et Praxis*, vol. 24, n.º 3, 2018.

⁴⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 48814 (SP16933-2017), 2017.

estipulaciones en desarrollo del juicio⁴⁹— la parte que tenía la carga⁵⁰ de probar el hecho, o que lo consideraba pertinente para su teoría del caso, cesa en su obligación de aportar evidencia, razón por la cual no podría echar para atrás el pacto, ya que dejaría a la contraparte desprovista de herramientas para acreditar aquello que en su momento se pactó.

En la práctica se ha discutido si las estipulaciones probatorias pueden tener o no anexos que respalden su contenido, aspecto sobre el cual, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (CSJ), en su Sala de Casación Penal, no ha existido una postura pacífica, pero sí ha habido coincidencia en que de ser aportados anexos o soportes para dicha estipulación, estos no pueden ser objeto de valoración por parte del juez más allá de lo que fue objeto de acuerdo entre las partes. En la Tabla N.º 1 puede observarse un fragmento del recorrido jurisprudencial sobre el particular.

⁴⁹ “(Las) estipulaciones se pueden hacer aun iniciado el juicio”. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Radicación n.º 54014 (AP5271-2018), 2018. Una postura diferente puede encontrarse en TRIANA ACERO, Nancy. “La irrevocabilidad de las estipulaciones probatorias”, 2013, donde se sostiene que la estipulación puede ser objeto de retractación unilateral hasta el inicio del juicio oral.

⁵⁰ “Y es que la carga de la prueba, tal y como se emplea hoy en día, no despeja las incógnitas sobre los hechos, sino que simplemente las arrincona para alcanzar un juicio que puede alejar muchísimo el juez de la realidad, lo que es contrario a la justicia que debe intentar hacer la jurisdicción. Se trata, simplemente, de un modo de finalizar el proceso, en su origen prematuramente, y actualmente al final del mismo una vez fracasada la valoración de la prueba. Pero es indiferente. Lo cierto es que el proceso termina con una sentencia ficticia, casi con una expresión de fe, lo que no es aceptable para la ciencia”. NIEVA FENOLL, Jordi y otros. “La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debería ser abolida”. En: NIEVA FENOLL, Jordi; FERRER BELTRÁN, Jordi; GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2019, p. 25.

Tabla N.º 1. Jurisprudencia de la CSJ sobre anexos en estipulaciones probatorias

Las estipulaciones probatorias pueden tener anexos, pero no pueden ser objeto de análisis o valoración	Las estipulaciones probatorias no deben tener anexos, en caso de ser aportados, no pueden ser valorados
Radicación n.º 57210. Sentencia n.º AP3346-2021 Radicación n.º 54859. Sentencia n.º AP589-2021 Radicación n.º 50419 Sentencia n.º SP072-2019 Radicación n.º 51786 Sentencia n.º AP2159-2018 Radicación n.º 51882 Sentencia n.º AP948-2018 Radicación n.º 50103 Sentencia n.º AP6571-2017 Radicación n.º 49512 Sentencia n.º AP4884-2017 Radicación n.º 44932 Sentencia n.º SP9621-2017 Radicación n.º 44882 Sentencia n.º SP7753-2017 Radicación n.º 48803 Sentencia n.º AP3366-2017 Radicación n.º 47377 Sentencia n.º SP997-2017 Radicación n.º 47660 Sentencia n.º SP11015-2016 Radicación n.º 47061 Sentencia n.º AP3987-2016 Radicación n.º 47666 Sentencia n.º SP7856-2016	Radicación n.º 53649. Sentencia n.º AP4644-2019 Radicación n.º SP38975-2013 Radicación n.º SP27962-2007

Fuente: elaboración propia.

Lo que resulta claro, con independencia de que sea aportado o no el soporte de la estipulación, es que lo que es objeto de valoración y se entenderá como probado es, precisamente, el acuerdo fáctico entre las partes acerca de hechos o circunstancias sobre los cuales no existe

controversia, por lo que el soporte probatorio solo podrá ser valorado en la exacta dimensión del hecho acordado, sin que del contenido de la evidencia que soporta la estipulación puedan derivarse hechos distintos a los pactados.

Lo anterior se entiende, porque, de valorarse el soporte de la estipulación, podría subrepticamente incorporarse prueba de referencia⁵¹ inadmisibles, como ocurre, por ejemplo, cuando se estipula la conclusión médico-legal de la valoración sexológica de una víctima y se soporta con el informe de medicina legal. En estos eventos, lo que será objeto de estipulación es la conclusión médico-legal del perito que evaluó a la víctima, pero no aspectos como la anamnesis⁵², ya que la versión entregada por el paciente al perito constituye una declaración anterior que versa sobre aspectos propios del debate probatorio, realizada sin garantizar el derecho de contradicción y cuya incorporación a través de la estipulación constituye prueba de referencia inadmisibles.

Pero si se tiene claro que el juez no puede valorar el soporte de la estipulación más allá de lo que fue objeto de acuerdo por las partes: ¿Qué inconveniente puede arrojar que aquellas estipulaciones probatorias tengan soporte en evidencia? ¿No sería más compatible con el hallazgo de la verdad entendida como correspondencia⁵³ aquella estipulación soportada en elementos de prueba? ¿O las partes pueden construir la realidad procesal sin sustento probatorio?

Sobre estos interrogantes también volveremos más adelante. Por ahora, podemos afirmar que el objeto de las estipulaciones recae sobre uno o varios hechos jurídicamente relevantes, o sobre hechos indicadores o sobre aspectos propios de la autenticación de la evidencia⁵⁴, como también sobre aspectos no controvertidos de la teoría de la refutación

⁵¹ Ley 906 de 2004, art. 437. Al respecto, puede consultarse igualmente: Colombia, Corte Suprema de Justicia. Radicación n.º 51750 (SP1162-2022), 2022.

⁵² Colombia, Corte Suprema de Justicia. Radicación n.º 52719 (SP850-2022), 2017.

⁵³ “El contenido de la decisión es verdadero cuando coincide o se corresponde con los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial”. TARUFFO, Michelle. *La prueba*, p. 28.

⁵⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 58439 (AP4277-2021), 2021.

de la defensa, evento en el cual la fiscalía acepta el hecho o circunstancia que pretende probar la defensa al considerar que no afecta el núcleo sustancial de la tesis acusatoria.

No sobra advertir que la iniciativa legal de las estipulaciones probatorias no concierne solo a la fiscalía, ya que la defensa, por su parte, se encuentra legitimada para proponer y aportar estipulaciones útiles desde el plano estratégico a su teoría del caso, es decir, a la tesis que planteara como hecho jurídicamente relevante de la defensa.

Por supuesto, el concepto de los hechos jurídicamente relevantes⁵⁵ que han sido descritos en la imputación y acusación —entendidas como unidad en cuanto al principio de congruencia— es el límite fáctico de la sentencia, razón suficiente para comprender que del contexto fáctico de la acusación se desprende el tema de prueba dentro del proceso —su afirmación o refutación—, y que las estipulaciones probatorias versan sobre aquellos objetos que permiten afirmar o refutar los hechos jurídicamente relevantes⁵⁶ de la acusación.

En términos sencillos, un hecho es jurídicamente relevante para el derecho penal en tanto se encuentra inserto en un modelo de conducta normativo que conmina al ciudadano a actuar motivado por el deber positivo asignado por la norma, o a abstenerse de ejecutar una conducta sobre la base de un derecho penal basado en el principio de culpabilidad, en donde responde por un comportamiento voluntario, exteriorizado, individualmente considerado y de relevancia social, puesto que al derecho penal no le resulta de interés el mero resultado causal sino la conexión entre ese comportamiento externo y la normativa infringida, porque es la norma la que fija el parámetro social de interpretación de la conducta humana.

Las estipulaciones probatorias han sido entendidas como un mecanismo para la depuración probatoria⁵⁷ con vistas a materializar los

⁵⁵ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 44599 (SP3168-2017), 2017.

⁵⁶ Una importante referencia al concepto de *hechos jurídicamente relevantes* y su relación con el hallazgo de la verdad se encuentra en TARUFFO, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, N.º 20. México: TEPJF, 2013, p. 17.

⁵⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Radicación n.º 56180 (SP903-2021), 2021.

principios de celeridad y economía procesales, y son objeto de control jurisdiccional a efectos de que resulten de absoluta claridad, que no versen sobre pruebas sino sobre hechos, y que no impliquen la renuncia a garantías de las partes e intervinientes.

En la práctica colombiana, los acuerdos probatorios generalmente depuran el objeto de prueba de la parte acusadora, la Fiscalía General de la Nación, pero eso no impide que sirvan también como herramienta para aminorar la carga probatoria de la defensa. En esencia, los convenios probatorios, además de depurar aquellos hechos que se entienden como pacíficos entre las partes, también pueden alivianar la carga defensiva de probar un hecho o circunstancia que el ente acusador considere suficientemente decantado, bien por la progresividad de la investigación, bien por el descubrimiento probatorio de la defensa o porque, aunque lo sea para la tesis defensiva, no sea relevante para el agente acusador.

La ambigüedad en las estipulaciones probatorias puede afectar gravemente la estructura del proceso, porque de su entendimiento por ambas partes, y del mismo operador judicial, se puede derivar que se dé por acreditado más de lo que fue objeto de estipulación o mucho menos de la intención de las partes al momento del pacto. Por eso, desde la perspectiva jurisprudencial se ha reiterado que lo que es objeto de convenio debe ser claro, puntual y sin lugar a equívocos, de lo contrario, puede conllevar sanciones drásticas, incluso la nulidad.

En el mismo sentido, el acuerdo probatorio no puede desvirtuar la tesis de la acusación⁵⁸, como tampoco puede excluirla, porque ello ya implica, precisamente, lo que se entiende como controversia sustantiva. De allí, entonces, que la estipulación probatoria no puede llevar a renunciar al ejercicio de la acción penal, ni puede sustituir la obligación y la facultad de la valoración probatoria por parte del juez de conocimiento⁵⁹. El hecho o circunstancia estipulados pueden relevar al juez del análisis probatorio hasta su demostración, mas no en la valoración individual y conjunta de

⁵⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 53151 (SP4463-2020), 2020.

⁵⁹ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación n.º 49891 (SP1960-2022), 2022.

la prueba, y en la estipulada, bien para acreditar la tesis de la acusación o para mantener la presunción de inocencia.

No es de mucha utilidad estipular aspectos como la carencia de antecedentes penales, la plena identidad, la buena conducta anterior, entre otros, porque en algunos eventos se presumen y en otros no hacen parte del objeto de prueba o, finalmente, resultan absolutamente intrascendentes para la solución final de la causa.

Categorías jurídicas como la inimputabilidad⁶⁰, la marginalidad, la ignorancia, la pobreza extrema o los estados de ira e intenso dolor⁶¹ no pueden ser objeto de estipulación probatoria⁶², porque ya implican que, en efecto, la conducta punible existió, que el acusado es el autor o partícipe y que el comportamiento se ejecutó, ya fuera bajo el influjo de dichas condiciones o el apremio de las subsiguientes emociones, quizá violentas o bien de profunda tristeza. Lo anterior no significa, por supuesto, que no sea viable acordar la base fáctica de las circunstancias, por ejemplo, la profunda marginalidad o el estado de intenso dolor, lo cual es tema, si así lo disponen las partes, de prueba irrenunciable, de la existencia de la conducta punible y de la relación de causalidad que pueda existir entre dichos estados sociales o emocionales y la conducta punible objeto de juzgamiento. No está de más mencionar que, para que la marginalidad o el estado de intenso dolor sean relevantes para el derecho penal, es necesario que exista la conducta punible.

4. LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS EN ALGUNAS LEGISLACIONES PROCESALES PENALES DE LATINOAMÉRICA

Luego de observar el panorama colombiano sobre las estipulaciones probatorias, es pertinente analizar, brevemente, su regulación en otras legislaciones de Centro y Suramérica.

⁶⁰ Ley 599 de 2000, art. 33. Al respecto, puede consultarse también: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 56252 (AP1671-2022), 2022.

⁶¹ Ley 599 de 2000, arts. 56 y 57.

⁶² Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Radicación n.º 54734 (AP663-2020). 2020.

En México⁶³, por ejemplo, se consagra la figura en la norma bajo el nombre de “acuerdos probatorios”, y de su redacción se extrae que difiere de la colombiana en cuanto que autoriza expresamente a la víctima u ofendido a oponerse a los acuerdos, y entrega al juez de garantías el control sobre su validez. Además, la norma condiciona la validez de las estipulaciones en los antecedentes de investigación que acrediten el hecho, de donde se deduce que no es posible dar por acreditado un hecho sin soporte probatorio. Si los hechos acreditados se encuentran debidamente soportados, a ellos deberá circunscribirse dentro de la etapa de juzgamiento sin que se requiera despliegue probatorio adicional.

En Ecuador⁶⁴, el acuerdo versa sobre un hecho innecesario en la acreditación, advirtiendo que incluso se procederá a la comparecencia de peritos, sin que resulte claro si lo que se puede estipular es la existencia y calidad del perito o si el acuerdo recae sobre lo que previamente dictaminó en su informe. Ahora bien, si un hecho resulta innecesario en su demostración, ello implicaría que no se trata de un hecho jurídicamente relevante, por lo que resultaría de mayor claridad conceptual indicar que los acuerdos versan sobre hechos respecto de los cuales no existe controversia sustancial entre los sujetos procesales.

En la República Bolivariana de Venezuela⁶⁵ la estipulación se soporta en alguna prueba de la que se pueda acreditar un hecho o

⁶³ “Los acuerdos probatorios son aquellos celebrados entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias. Si la víctima u ofendido se opusieren, el Juez de control determinará si es fundada y motivada la oposición, de lo contrario el Ministerio Público podrá realizar el acuerdo probatorio. El Juez de control autorizará el acuerdo probatorio, siempre que lo considere justificado por existir antecedentes de la investigación con los que se acredite el hecho. En estos casos, el Juez de control indicará en el auto de apertura del juicio los hechos que tendrán por acreditados, a los cuales deberá estarse durante la audiencia del juicio oral”. Código Nacional de Procedimientos Penales, art. 345. *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014.

⁶⁴ “Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados”. Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial N.º 180, art. 604. 10 de febrero de 2014.

⁶⁵ “Si todas las partes estuvieren de acuerdo en alguno de los hechos que se pretenden demostrar con la realización de determinada prueba, podrán realizar

circunstancia, el cual se constituye en objeto de convenio, por lo que el acuerdo recae sobre el hecho que pretende acreditarse soportado en aquel medio de prueba. Igualmente, en el acta del auto de apertura a juicio se deja constancia del hecho estipulado, pero el tribunal puede ordenar la presentación de la estipulación en la vista judicial.

En Chile⁶⁶ no solo el fiscal y el imputado, sino también el querellante, se encuentran acreditados para participar de los acuerdos probatorios, al igual que el juez, quien, de la interpretación de la norma, puede tomar parte en la confección de los acuerdos y formular proposiciones.

En la legislación panameña⁶⁷ se asigna a la defensa la iniciativa para proponer los acuerdos probatorios, y como sucede en la legislación mexicana, la estipulación se encuentra condicionada a los antecedentes investigativos. Igual que como ocurre en la legislación chilena, el juez se encuentra autorizado para proponer nuevos acuerdos probatorios e integrarlos en la resolución de apertura del juicio.

estipulaciones respecto a esa prueba, con la finalidad de evitar su presentación en el debate del juicio oral y público. De tales estipulaciones deberá quedar constancia expresa en el auto de apertura a juicio, y las partes podrán alegarlas en el debate, sin necesidad de incorporarlas por algún medio de prueba. No obstante, si el tribunal lo estima conveniente ordenará su presentación”. República Bolivariana de Venezuela. Código Orgánico Procesal Penal, art. 200. *Gaceta Oficial*, Año CXXXIX, n.º 6.078, 15 de junio de 2012.

⁶⁶ “Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieron por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Código Procesal Penal, art. 275. 12 de octubre de 2000.

⁶⁷ “Artículo 343. Acuerdos o convenciones probatorias. La defensa puede proponerles a las demás partes dar por acreditados ciertos hechos no relacionados con la vinculación del imputado, los cuales no podrán ser discutidos en el juicio oral. El Juez de Garantías verificará si los demás intervinientes los aceptan y les dará su aprobación, si en su opinión se conforman a los antecedentes de la investigación. El Juez de Garantías también podrá sobre esta materia proponer otros acuerdos probatorios a las partes. Todas las convenciones de prueba deberán insertarse en la resolución de apertura del juicio oral”. República de Panamá. Ley N.º 63 de 28 de agosto de 2008, Que adopta el Código Procesal Penal. *Gaceta Oficial Digital*, n.º 26.114 de 29 de agosto de 2008.

En Brasil⁶⁸ la legislación procesal civil permite que las partes puedan someter a consideración del juez una delimitación consensuada de las cuestiones de hecho o de derecho dentro de la audiencia de saneamiento. Del texto de la norma se infiere que el consenso probatorio debe soportarse en antecedentes investigativos, como quiera que dicho consenso presupone la presentación de evidencia por las partes. En todo caso, no existe dentro de la normativa procesal penal regulación alguna sobre el particular que permita afirmar que resultan válidos los acuerdos o estipulaciones probatorias sobre hechos de naturaleza pacífica.

En Perú⁶⁹ la estipulación recae sobre los hechos que las partes dan por acreditados, como también sobre las proposiciones probatorias para poder acreditar otros hechos. El juez puede, motivando su determinación, desvincularse de los acuerdos probatorios. La legislación peruana establece dos criterios novedosos en punto a los acuerdos probatorios: uno, la posibilidad de que las partes (entendida por un sector importante de la doctrina peruana⁷⁰ como todos los sujetos procesales) acuerden con cuál medio de prueba se acreditará el hecho respectivo, de donde puede extraerse que se trata de un acuerdo en punto a la regla de mejor evidencia, conducencia o estrategia⁷¹ de las partes; y dos, la posibilidad explícita del

⁶⁸ “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”. República Federativa do Brasil. Lei 13.105, Código de Processo Civil. Março de 2015, art. 357. V. § 2º.

⁶⁹ “2. Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime. Perú. Decreto Legislativo 957. Nuevo Código Procesal Penal. 22 de julio de 2004, art. 350.

⁷⁰ SUCARI, Rolando. “Las convenciones probatorias en el Código Procesal Penal: dificultades para su aplicación en el sistema procesal penal peruano”. *Revista de Derecho*, vol. 7, n.º 1, p. 42-60, 2022.

⁷¹ “Es justamente ello lo que convierte en compleja esta clase de convención, pues la parte que aporta los medios de prueba —que luego no serán admitidos debido a la aprobación de la convención probatoria— debe tener la capacidad de poder determinar cuál de todos sus medios resulta más idóneo para

juez de desvincularse de aquellos acuerdos probatorios exponiendo sus argumentos de fondo para su denegación, sin los cuales la desestimación carece de efecto. Resulta interesante puesto que, precisamente, la negativa de avalar las estipulaciones puede provenir de la carencia de soporte del hecho estipulado, la renuncia a la controversia de fondo o la afectación de garantías fundamentales.

La legislación uruguaya⁷², por su parte, establece la posibilidad de llegar a acuerdos probatorios e indica que se deben sustentar en la evidencia previamente aportada por las partes, de donde se extrae que los hechos que las partes tienen como pacíficos solo pueden ser aquellos suficientemente acreditados en la investigación preliminar.

Por último, y aunque no se refiere en estricto sentido a la legislación latinoamericana, resulta oportuno mencionar las reglas de evidencia de Puerto Rico⁷³, las cuales, mediante el concepto de hecho

acreditar el hecho, pues podría, a raíz de la convención arribada, ser precisamente ese medio idóneo el que no fuese actuado en juicio, favoreciendo esta circunstancia a la contraparte. La elección del medio de prueba que se actuará en el juicio oral se convierte, entonces, en una decisión estratégica”. AGUIRRE, Javier. “Convenciones o estipulaciones probatorias y su aplicación en el Perú: un estudio dogmático-empírico”. *Ius et Praxis*, n.º 43, 2012, p. 184-185.

⁷² “Las partes podrán arribar a acuerdos probatorios, dando por acreditados determinados hechos, los que no podrán ser debatidos en juicio. El juez evitará discusiones que son propias del juicio oral y resolverá oralmente, de manera inmediata y fundada los planteos de las partes, basándose en las evidencias que presentaren las partes en audiencia”. Parlamento del Uruguay, Ley 19.293, Código del Proceso Penal, 19 de diciembre de 2014. Art. 268.3.

⁷³ “(A) Esta Regla aplica solamente al conocimiento judicial de hechos adjudicativos. (B) El Tribunal podrá tomar conocimiento judicial solamente de aquel hecho adjudicativo que no esté sujeto a controversia razonable porque: (1) es de conocimiento general dentro de la jurisdicción territorial del Tribunal, o (2) es susceptible de corroboración inmediata y exacta mediante fuentes cuya exactitud no puede ser razonablemente cuestionada. (C) El Tribunal podrá tomar conocimiento judicial a iniciativa propia o a solicitud de parte. Si es a solicitud de parte y ésta provee información suficiente para ello, el Tribunal tomará conocimiento judicial. (D) Las partes tendrán derecho a ser oídas en torno a si procede tomar conocimiento judicial. De no haber sido notificada oportunamente por el Tribunal o por la parte promovente, la parte afectada podrá solicitar la oportunidad de ser oída luego de que se haya tomado conocimiento judicial. (E) El Tribunal podrá tomar conocimiento judicial en cualquier etapa de los procedimientos, incluyendo la apelativa. (F) En casos criminales ante Jurado, la Jueza o el Juez instruirá a las personas miembros

adjudicativo, permiten que el tribunal tome conocimiento judicial de un hecho no sometido a controversia, y se destaca que dicha estipulación deberá contar con evidencia que permita su corroboración, salvo hechos notorios, y que en las causas criminales los jurados pueden tener en consideración un hecho frente al cual se haya tomado conocimiento judicial, pero no se encuentran obligados a hacerlo, pudiendo apartarse de las conclusiones a las que hayan llegado las partes, por lo que, bajo tal regulación, los hechos adjudicativos no vinculan a quien adoptará la decisión de hecho, esto es, a los jurados.

Lo descrito sobre estipulaciones probatorias en Latinoamérica, en relación con la norma regulatoria, se sintetiza en la Tabla N.º 2.

Tabla N.º 2. Cuadro de análisis sobre las estipulaciones, convenciones o acuerdos probatorios en países de Latinoamérica

Sistema procesal penal	¿Sobre qué versa el acuerdo?	¿La víctima/ querellante se puede oponer al acuerdo?	¿Se condiciona la validez del acuerdo a antecedentes investigativos?	¿Qué facultades o limitaciones tiene el juez frente a las estipulaciones probatorias?
México	Hechos o circunstancias	Puede oponerse	Sí	Aprobar/Negar
Ecuador	Hechos/ Conclusiones periciales	S/I	S/I	Aprobar/Negar
Venezuela	Hechos/ Pruebas	S/I	S/I	Aprobar/ Negar/Exigir presentación de prueba
Chile	Hechos	Sí	S/I	Aprobar/Negar/ Proponer
Panamá	Hechos	Sí	Sí	Aprobar/Negar/ Proponer

del Jurado que pueden, pero no están obligados, a aceptar como concluyente cualquier hecho del cual haya sido tomado conocimiento judicial”. Puerto Rico, Resolución ER-2009-01 de 9 de febrero de 2009, art. 201.

Sistema procesal penal	¿Sobre qué versa el acuerdo?	¿La víctima/ querellante se puede oponer al acuerdo?	¿Se condiciona la validez del acuerdo a antecedentes investigativos?	¿Qué facultades o limitaciones tiene el juez frente a las estipulaciones probatorias?
Perú	Hechos/ Medios de prueba	S/I	Sí	Aprobar/Negar/ Apartarse de los acuerdos.
Uruguay	Hechos	S/I	Sí	Aprobar/Negar
Puerto Rico	Hechos	S/I	Sí	Aprobar/Negar/ Apartarse del contenido
Brasil	Hechos/ Cuestiones de derecho.	S/I	Sí	Aprobar/Negar
Colombia	Hechos o circunstancias	S/I	No	Aprobar/Negar

S/I= sin información.

Fuente: elaboración propia.

Como puede evidenciarse, existe cierto consenso en que las estipulaciones, convenciones o acuerdos probatorios versan sobre hechos o circunstancias que deban ser objeto de prueba dentro de la causa. Las legislaciones colombiana y panameña limitan el alcance de las estipulaciones probatorias, en la primera, al concepto de la controversia sustantiva y, en la segunda, a los aspectos que no se vinculen con el procesado.

Las legislaciones mexicana, panameña, peruana, brasilera y puertorriqueña condicionan la validez del acuerdo a la existencia de antecedentes investigativos, por lo que se podría pensar que no resulta válido un acuerdo sin base en evidencia conocida.

Debe precisarse que en todas las legislaciones a las que se ha hecho referencia, salvo en la colombiana, el juez o tribunal que conocerá del juzgamiento es diferente al juez de la fase de instrucción (etapa intermedia, investigación, preparación), y el cargo generalmente lo ocupa un juez de garantías, mientras que en Colombia el juez que conoce de

la acusación, de la etapa de decreto de pruebas (audiencia preparatoria) y del juzgamiento es el mismo juez de conocimiento, lo que justifica que los acuerdos probatorios sean levantados en un acta y hagan parte del llamamiento a juicio o del expediente que conocerá el tribunal de juzgamiento, cuyo primer contacto con la causa a juzgar será, precisamente, la audiencia de juzgamiento.

No sobra señalar que resulta muy extraña la manera como el legislador colombiano concibió el rol del juez que conocerá del juzgamiento, puesto que en el mismo funcionario se confunden el ejercicio del control de la acusación, el decreto, el rechazo, la exclusión e inadmisión del medio de prueba y su práctica, así como la decisión sobre las estipulaciones probatorias. No obstante, por la limitación del tema que nos concentra dejaremos la discusión sobre este aspecto para otra oportunidad.

Y en lo que atañe al soporte probatorio, las legislaciones de Ecuador, Venezuela y Chile no ofrecen información sobre la necesidad de aportarlo, mientras que todas las demás, a excepción de la colombiana, exigen que el hecho o circunstancia objeto de acuerdo se soporte en antecedentes investigativos o medios de convicción.

5. EL ROL DEL JUEZ EN LAS ESTIPULACIONES PROBATORIAS DE CARA AL OBJETIVO INSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD

Lo cierto es que, aprobadas las estipulaciones o acuerdos probatorios, las diferentes normativas coinciden en que frente a estos acuerdos: “deberá estarse durante la audiencia de juicio oral” (México); “se evitará su presentación en el debate” (Venezuela); “no podrán ser discutidos” (Panamá); “el juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio” (Perú); “la estipulación es una admisión judicial que implica un desistimiento formal de cualquier contención contraria a ella [y] una vez hecha y aprobada por el Tribunal, la estipulación obliga a quienes la hacen y a las partes por ellos legalmente representados”⁷⁴,

⁷⁴ Puerto Rico, Véase *Pueblo v. Suárez Alers*, 2006 T.S.P.R. 83, 2006 J.T.S. 92, 167 D.P.R. (2006), citando con aprobación a *P.R. Glass Corp. v. Tribunal Superior*, 103 D.P.R. 223, 230-231 (1975).

aunque “en casos criminales ante Jurado, la Jueza o el Juez instruirá a las personas miembros del Jurado que pueden —pero no están obligados— a aceptar como concluyente cualquier hecho del cual haya sido tomado conocimiento judicial” (Puerto Rico). Por lo que puede entenderse que las estipulaciones probatorias, en principio, condicionan la decisión sobre los hechos dados por acreditados en el juicio.

Evidentemente, la institución de los convenios probatorios puede facilitar el trabajo de depuración en el tema de prueba y, adicionalmente, como lo sostiene Mirjan Damaska, proteger la integridad del juicio para evitar debates infructuosos o simulados, al igual que la proscripción de investigaciones unilaterales⁷⁵. Pese a ello, avalar cualquier tipo de convención probatoria sin que medie suficiente control judicial podría provocar conclusiones contraevidentes a la finalidad institucional del proceso, entendida como el hallazgo de la verdad, y caer en el error, ya advertido por Michele Taruffo, de aceptar por verdadero lo que en realidad es un hecho falso.

Por lo anterior, evidente resulta que corresponde al juez, en su ejercicio de director del proceso, controlar que los acuerdos probatorios recaigan sobre hechos o circunstancias, y no sobre pruebas en sí mismas; que sean suficientemente claros; que no impliquen renuncia a la controversia sustantiva ni a la acción penal, y que no se pretenda a través de ellos incorporar subrepticamente evidencia.

Ahora bien, con respecto a los interrogantes que se enunciaron más arriba: ¿Qué sucede si el hecho estipulado resulta contraevidente al

⁷⁵ “Con la finalidad de tener una idea de esas vinculaciones, consideremos lo que ocurre cuando las partes pactan aquellas situaciones en las que su base fáctica es incierta. Es indiscutible, por supuesto, que los jueces del common law pueden negarse a aceptar estos pactos e insistir en que los hechos no controvertidos sean probados en juicio. Pero la práctica de prueba respecto a estos hechos deviene artificial o ficticia. Si las partes se ven obligadas a discutir sobre tales hechos, la actividad procesal que sobreviene está destinada a quedar sin vida o anémica: el viento ha dejado de soplar en las velas de las formas adversariales. Tampoco puede remediarse esta disfunción con una investigación judicial unilateral: esto comprometería los valores del sistema adversarial. Por esta razón, los hechos sobre los cuales se adopta un pacto normalmente se dan como existentes, incluso si su relación con la verdad es incierta”. DAMASKA, Mirjan. *El derecho probatorio a la deriva*. Traducción de Joan Picó i Junoy. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2015, p. 109-110.

resultado de la práctica probatoria? ¿El juez se encuentra vinculado a los hechos que se dan por probados entre las partes? ¿Resulta necesario el respaldo probatorio de la estipulación? A continuación, damos respuesta:

Si el hecho o circunstancia estipulados resultan contraevidentes para el resultado de la prueba practicada, esto podría obedecer a por lo menos dos razones: (i) existen hipótesis alternativas que explican con suficiencia el hecho debatido, caso en el cual nos encontraríamos frente a una decisión de mayor o menor tolerancia al error⁷⁶ en función del grado de corroboración de la hipótesis, o (ii) el hecho estipulado no cuenta con soporte probatorio alguno y se les permitió a las partes construir el concepto de hecho pacífico sin evidencia que lo soportase.

En el primer evento, le corresponderá al juez o al jurado aplicar las respectivas reglas de distribución del riesgo del error; en el segundo evento, el fallador se encontrará en una disyuntiva mayor, puesto que, como se estableció en párrafos anteriores, si el acuerdo probatorio limita la posibilidad de aportar pruebas con respecto al hecho acordado y el juez colombiano no puede decretar y practicar pruebas, este tendrá que dar como cierta alguna de las afirmaciones: la que resultó del convenio probatorio o la que resultó de la prueba practicada y debatida públicamente.

Naturalmente, en este escenario no se podría considerar que la finalidad institucional del proceso sea la del hallazgo de la verdad y se limitaría su función a la definición judicial de la causa, más concretamente, a la resolución de la controversia. De este modo, la verdad no sería entendida como una verdad por correspondencia, sino como la verdad confeccionada por las partes, negociada exclusivamente por ellas, ni siquiera la percibida por el juez, y no precisamente sobre un “hecho pacífico”, sino una verdad procesalmente instituida.

Ahora bien, podría contraargumentarse que el juez o el jurado no se verían atados a acreditar un hecho o circunstancia estipulados, cuando resulten contraevidentes a lo que arrojó la práctica probatoria. Pues bien, en principio, y bajo la premisa de que en el proceso de valoración probatoria el juez no es un convidado de piedra, dicha afirmación no

⁷⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005, p. 127-139.

encontraría oposición. Ciertamente, la libre pero racional valoración de la prueba obliga al juez a tomar en consideración la evidencia disponible⁷⁷, entendiéndose por dicha disponibilidad toda la evidencia aportada al proceso de manera lícita. En todo caso, si el juez puede apartarse del hecho estipulado tendríamos que reconocer que la aducción de la estipulación entre las partes resultaría impertinente e infructuosa, pues no cumpliría la finalidad de depurar el proceso de cara a la economía procesal y, por el contrario, generaría mayor retraso en la controversia penal.

Le corresponde pues, al juez, una labor protagónica en la confección y aprobación de las estipulaciones probatorias de las partes.

6. CONCLUSIÓN

Bajo esta línea argumentativa, se concluye por fuerza que la estipulación o el convenio probatorios deben siempre acompañarse de evidencia que los respalden, pues prueba y verdad cumplen una función teleológica⁷⁸ de esclarecimiento real de los hechos y, de esta forma: (i) se permitiría el acercamiento a la verdad entendida como verdad por correspondencia; (ii) se evitaría el desgaste de encontrar pruebas que resulten contraevidentes al acuerdo probatorio realizado entre las partes; (iii) se delimitaría con efectividad el objeto del acuerdo probatorio; (iv) se facilitaría el control por parte del operador judicial frente al objeto de convenio a la luz de garantías procesales como el debido proceso y el derecho de defensa, y (vi) se restringirían en grado sumo las nulidades en razón de la indeterminación del alcance de lo estipulado.

Naturalmente, el soporte probatorio del hecho o circunstancia estipulados no tendrían mayor relevancia probatoria que la de respaldar lo acordado, limitando la posibilidad de que el juzgador o el jurado llegasen

⁷⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 40.

⁷⁸ KIRCHER, Luis Felipe Schneider. “Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível?”. In: SALGADO, Daniel de Resende, KIRCHER, Luis Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça Consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodvim, 2022, p. 67.

a conclusiones diferentes a las que fundaron el acuerdo entre las partes, sin que se pueda derivar más ni menos de lo convenido.

Desde esta perspectiva, ningún perjuicio podría ocasionarse al sistema de adversarios regulado en la Ley 906 de 2004, porque no se afecta la posibilidad de que las partes lleguen a consenso sobre hechos pacíficos, siempre y cuando tengan respaldo en los antecedentes investigativos de cada uno de los sujetos procesales.

En esas condiciones, el acuerdo probatorio vincularía no solo a los litigantes, sino al juez o al jurado de la causa, e impediría debates impertinentes a lo largo del juzgamiento, pues, al darle aval al acuerdo probatorio soportado en evidencia, el hecho acordado se encontraría probado y así lo debería declarar el juez al inicio del juzgamiento, irradiando sus efectos a las instancias superiores (ordinaria de apelación y extraordinaria de casación).

Las estipulaciones o acuerdos probatorios resultarán siempre legítimos en la medida en que exista suficiente claridad sobre lo que es objeto de estipulación y en que no se renuncie al objeto del debate ni a garantías constitucionales de ninguno de los intervinientes, con tal de que no se pretenda mediante las estipulaciones relevar al operador judicial de la correcta valoración de los hechos —acreditados— y la aplicación de las normas, y, particularmente, que lo que resulte acordado tenga acreditación probatoria suficiente bajo el entendido de que el juez valorará el soporte del acuerdo probatorio en la ajustada dimensión de lo que fue pactado, sin extralimitar su contenido.

Así entendidas, las reglas operativas de los acuerdos probatorios deben girar hacia la exigencia del soporte probatorio del hecho, circunstancia o aspecto estipulados, para que de esta manera el operador judicial pueda controlar la claridad, suficiencia, relevancia y legalidad de lo pactado e, igualmente, verificar que no se afecten las garantías constitucionales de partes e intervinientes o se renuncie a ellas. Bajo esta óptica, no se podría derivar ninguna afectación a las garantías de los intervinientes y, por el contrario, encontraría plena satisfacción la finalidad de depurar el debate probatorio en función del beneficio de las partes procesales y del hallazgo de la verdad en el proceso, verdad, por supuesto, entendida como correspondencia.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, Javier. “Convenciones o estipulaciones probatorias y su aplicación en el Perú: un estudio dogmático-empírico”. *Ius et Praxis*, n.º 43, p. 167-203, 2012. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/332

BUJOSA VADELL, Lorenzo, BUSTAMANTE RÚA, Mónica y TORO GARZÓN Luis Eduardo. “La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia”. *Revista Brasileira de Derecho Procesal Penal*, vol. 7, n.º 2, p. 1347-1384, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.482>

BUSTAMANTE RÚA, Mónica y PALOMO VÉLEZ, Diego. “La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile”. *Ius et Praxis*, vol. 24, n.º 3, p. 651-692, 2018.

DAMASKA, Mirjan. *El derecho probatorio a la deriva*. Traducción de Joan Picó i Junoy. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2015.

DEI MALATESTA, Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Vol. II. Bogotá: Editorial Temis, 1973.

DE-LORENZI, Felipe da Costa y CEOLIN, Guilherme Francisco. “O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 117, ano, 20, p. 71-132, mar. 2021.

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

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, p. 88-108, 2017. DOI: <https://doi.org/10.7203/CEFD.36.10632>

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Bases argumentales de la prueba. 2.ª edición. Madrid, Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, p. 127-139, 2005. <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-sobre-la-posibilidad-de-formular-estandares-de-prueba-objetivos>

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Los hechos bajo sospecha: Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial”. En: *Quaestio Facti*. (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción). Madrid: Editorial Marcial Pons, 2013, p. 7-19.

KIRCHER, Luis Felipe Schneider. “Justiça penal negocial e verdade: há algum tipo de conciliação possível?”. In: SALGADO, Daniel de Resende, KIRCHER, Luis Felipe Schneider, QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Justiça Consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: JusPodvim, 2022.

NIEVA FENOLL, Jordi y otros. “La carga de la prueba: Una reliquia histórica que debería ser abolida”. En: NIEVA FENOLL, Jordi, FERRER BELTRÁN, Jordi y GIANNINI, Leandro. *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2019, p. 23-50.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana M. y PANIAGUA GALEANO, Alexánder. “El control de convencionalidad y las garantías jurídicas en el proceso para el subrogado penal”. *Revista Científica General José María Córdoba*, vol. 19, n.º 34, p. 407-423, 2021. <http://dx.doi.org/10.21830/19006586.762>

SUCARI, Rolando. “Las convenciones probatorias en el Código Procesal Penal: dificultades para su aplicación en el sistema procesal penal peruano”. *Revista de Derecho*, vol. 7, n.º 1, p. 42-60, 2022. <https://www.redalyc.org/journal/6718/671870939003/html/>

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. *Revista Discusiones*, vol. 3, p. 15-41, 2003. DOI: <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2003.2400>

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

TARUFFO, Michele. “¿Verdad negociada?”. *Revista de Derecho*, vol. 21, n.º 1, p. 129-151, 2008. <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v21n1/art06.pdf>

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

TARUFFO, Michele. *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Serie Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral, N.º 20. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/42415>

TRIANA ACERO, Nancy. “La irrevocabilidad de las estipulaciones probatorias”. Repositorio Institucional Universidad Militar Nueva Granada, 2013. <http://hdl.handle.net/10654/12268>

Authorship information

Mónica María Bustamante Rúa. Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia. Colombia. Docente investigadora de la Facultad de Derecho. Directora de la Maestría en Derecho Procesal Contemporáneo. Integrante del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Investigadora Asociada Minciencias. Doctora en Derecho. mmbustamante@udemedellin.edu.co.

Andres Felipe Arango Giraldo. Universidad de Medellín, Medellín/Antioquia. Colombia. Docente pregrado y posgrados. Juez Penal del Circuito de Envigado/Antioquia. Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo. afarango@udemedellin.edu.co.

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.

- *Mónica María Bustamante Rúa*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Andres Felipe Arango Giraldo*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 04/05/2023
- Desk review and plagiarism check: 04/05/2023
- Review 1: 17/05/2023
- Review 2: 22/05/2023
- Review 3: 29/05/2023
- Preliminary editorial decision: 18/06/2023
- Correction round return: 07/07/2023
- Final editorial decision: 11/08/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (FDL)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARANGO GIRALDO, Andres Felipe; BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. Estipulaciones probatorias y verdades negociadas: una reflexión sobre los acuerdos probatorios en el sistema procesal penal colombiano. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1137-1172, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.855>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

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

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


Internal investigations in the trial of corporations in Italy: the practical implication of their admissibility for trial purposes

Investigações internas no julgamento de empresas na Itália: implicações práticas de sua admissão para fins de julgamento

Marco Alessandro Bartolucci¹

Università degli studi di Torino, Torino, Italia

marcoalejandro.bartolucci@unito.it

 <https://orcid.org/0000-0003-0718-8125>

ABSTRACT: The paper conducts a comprehensive analysis of corporate criminal liability in Italy, with a specific focus on internal corporate investigations. After providing a brief overview of the Italian legal system concerning corporate criminal liability, the paper compares internal investigations conducted by companies with the Public Prosecutor's preliminary investigations, examining their respective strengths, weaknesses, and differences. Additionally, the research explores the admissibility of internal investigations during the preliminary investigation stage and in the negotiation process, specifying the inherent limitations and practical challenges in the absence of specific regulations on this matter.

KEYWORDS: Italian Corporate Criminal Liability; White Collar Crimes; Internal Investigations; Preliminary Investigation.

RESUMO: O artigo realiza uma análise abrangente da responsabilidade penal corporativa na Itália, com foco específico nas investigações internas corporativas. Após fornecer uma breve visão geral do sistema legal italiano em relação à responsabilidade penal corporativa, o artigo compara as investigações internas

¹ Post-doctoral Research Fellow. Università degli studi di Torino, Torino, Italia. PhD in Law.

conduzidas pelas empresas com as investigações preliminares do Ministério Público, examinando suas respectivas vantagens, fraquezas e diferenças. Além disso, a pesquisa explora a admissibilidade das investigações internas durante a fase de investigação preliminar e no processo de negociação, especificando as limitações intrínsecas e os desafios práticos diante da ausência de regulamentações específicas sobre esse assunto.

PALAVRAS-CHAVE: *Responsabilidade criminal empresarial na Itália; crimes de colarinho branco; investigações internas; investigação preliminar.*

INTRODUCTION

The introduction of corporate criminal liability, accomplished with Legislative Decree No. 231 of June 8, 2001, “Administrative Responsibility for Crime,” marked a Copernican revolution in the field of Italian criminal law, as it recognized, for the first time, an exception to the principle of “*societas delinquere non potest*” (a company cannot commit a crime) and established a form of liability applicable to corporate entities for the offenses committed.

One of the most intriguing consequences resulting from this legislative innovation is undoubtedly the spread of so-called “internal investigations,” which are inquiries conducted directly by the corporate entity within its own organization, with the aim of detecting the presence of relevant offenses under the provisions of Legislative Decree No. 231/2001.

The most interesting aspect of internal investigations, as emphasized in this contribution, concerns their nature as a tool for exercising the right of defense recognized to the entity itself, in order to avoid liability for criminal offenses committed by members of its organization. However, internal investigations - which, in recent years, have been conducted in a notably thorough and punctual manner by many entities - still remain unknown to the Italian Legislature. This necessitates significant efforts and not always straightforward interpretative solutions to identify their boundaries, systematic implications, and the possibility of using the results of internal investigations within criminal proceedings. In fact, in the absence of specific legislative regulations, the investigation

methods, the scope of the inquiry, and the practical management are left to customary practices, often drawing from established practices in other countries or foreign regulations.

1. THE PECULIARITIES OF CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN THE ITALIAN 231 MODEL

1.1. BRIEF OVERVIEW

The focus of this contribution is to complete an analysis of so-called “internal corporate investigations” in the context of criminal/administrative liability of entities, which was introduced in the domestic legal system relatively recently after many years of controversy over its admissibility, nature, and operating procedures.

Due to the connection between corporate administrative liability and internal investigations, it is therefore impossible to analyze the latter - including their legal qualification and the open issues on the subject - without first mentioning the introduction of entity liability and understanding the subject’s fundamental topics.

In 2001, the Italian legislature overcame the long-standing difficulties in configuring “crime” liability for corporations² with Legislative Decree No. 231 of June 8, 2001, “*Administrative Responsibility for Crime*”.

² See PALIERO, C.E., Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi *societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, 845; ROMANO, M., La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali, in *Riv. soc.*, 2002, 398; PULITANO, D., La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 420; ALESSANDRI, A. *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 241; VINCIGUERRA, S., *Quale specie di illecito?*, in VINCIGUERRA, S., CERESA GASTALDO, M., ROSSI A. (a cura di), *La responsabilità dell’ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/01)*, Padova, 2004, 199; DE VERO, G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milan, 2008, 177; GARGANI, A., *Individuale e collettivo nella responsabilità delle società*, in *St. sen.*, 2006, 260; R. Lottini, *sub art. 8 d.lgs. 231/2001*, in PALAZZO, F.C. PALIERO, C.E. (eds.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padua, 2007, 2320; FORTI, G., *Uno sguardo ai “piani nobili” del d. lgs. n. 231/2011*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*,

Indeed, this criminal policy choice, which was self-imposed following Italy's signing of the 1997 OECD Convention, represents a crucial step in the social control of white-collar crimes³.

Before this historic regulatory intervention, the Italian criminal justice system did not recognize any forms of direct liability for legal entities, as opposed to the strict liability for pecuniary penalties identified by the Article 197 of the Criminal Code, which outlines a shared liability mechanism (still in effect today) in case of the convicted party's insolvency, if they have acted on behalf of the company⁴.

First of all, despite the "administrative label", there have been multiple efforts aimed at identifying the true nature of entity responsibility; the majority doctrine⁵ believes that the liability model in Legislative Decree No. 231/2001 has a purely criminal nature: it arises from the commission of one of the criminal offenses listed by the law as a prerequisite for corporate liability, is established through the procedure and the formalities

2012, 1249; BARTOLI, R., Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita, in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2016, 16; DI GIOVINE, O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. Lattanzi (ed.), *Reati e responsabilità degli enti*, Milan, 2010, 135; SCOLETTA, M., *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in CANZIO, G., CERQUA, L.G., LUPARIA, L. (eds.), *Diritto penale delle società*, Padua, 2014, 861; PRESUTTI, A. – BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milan, 2013, 3.

³ See OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of Sept. 17, 1997; the Protocol to the Convention on the Protection of the European Communities Financial Interests (so-called P.I.F.), signed in Brussels on June 19, 1997.

⁴ It should be noted, however, how the legal person plays only a guarantee role in the system under Article 197, since the liability of the corporation is built on the model of a joint and subsidiary obligation (the corporation has a right of recourse against the natural person) of a civil law nature; see PALIERO, C.E., *Criminal Liability of corporations-Italy*, in DE DOELDER-TIEDEMANN, *The "administrative" label du comportement collectif, criminal liability of corporations*, Boston, 1996, 265.

⁵ See CARDIA, M., *Legge di stabilità 2012 e D.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2012, 1, 126 e PALIERO, C.E., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Da ora in poi, "societas delinquere (et puniri) potest"*, cit., 845.

of a criminal trial, and incorporates “principles of liability” that are typically criminal⁶.

Those who argue for the administrative nature of entity responsibility emphasize that the title of the introductory decree and the first chapter explicitly identify this form of responsibility as administrative. Certainly, recognizing the administrative nature of this responsibility allows for the exclusion of the guarantees recognized by the Italian Constitution in the field of criminal law.

On the other hand, a third perspective argues for the “mixed” nature of entity responsibility, placing it within a so-called *tertium genus* introduced by Legislative Decree No. 231/2001, which includes some typical elements of administrative responsibility and some others that characterize criminal responsibility.

However, unlike the regulatory frameworks of many other European countries⁷, such as Ireland, France, Belgium, and the Netherlands, Italy has consistently refused to classify corporate responsibility as full criminal liability⁸.

⁶ The reference is of course to the so-called Engel Criteria, developed by the European Court of Human Rights from the landmark case *Engel and others v. Netherlands*, June 8, 1986. The ECtHR has in fact elaborated an autonomous notion of “criminal matter”, according to which the formal qualification of the offence in the legal system of one of the member states is not considered decisive but, in order to overcome possible “label frauds,” importance must be given to the substantive nature of the offence and of the sanctions attached to it, also assessing the degree of severity that the latter can concretely reach.

⁷ And unlike the American legal system, where rules governing corporate liability are not codified organically and are primarily found in the case law of American courts, in other legal systems, such as the one in question, these rules are explicitly provided for by legislation. However, as early as the mid-19th century, prosecutors in some states began to pursue the criminal conduct of corporations, even though neither the common law tradition nor legislative provisions explicitly mentioned such a possibility. It was not until 1909, with the landmark decision in *New York Central & Hudson River Railroad vs. United States*, that the U.S. Supreme Court first upheld the constitutionality of a federal law requiring penalties and established the so-called corporate criminal liability doctrine; cfr. see HORDER, J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, London, 2022, 198.

⁸ See WEELS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2001, 97.

The controversial nature of the liability outlined by the Italian lawmaker seems to derive its “hybrid” character from the international origin⁹ of the domestic regulatory framework: the international acts referred to in Law no. 300 of September 29, 2000, not only prompted the national legislature to adopt a form of liability of legal persons, but also to define it by breaking away from traditional categories.

The basic premise of the “231-liability model” is to overcome the traditional postulate of *societas delinquere non potest* and pave the way for the development of new criteria for attributing liability to compensate for the company’s inability to act compared to individuals.

Historically, the reason why a company’s criminal liability was considered impossible was based on Article 27 of the Italian Constitution, which states that this liability is “personal.”

Two critical issues arose from this interpretation:

- i. personal liability is primarily an individual responsibility, not a group responsibility; it is a liability for the act of an individual, not of a group;
- ii. personal also means blameworthy, and the accountability of a multi-person entity is incompatible¹⁰.

In spite of these critical issues, the urgency of ensuring also to Italy a liability of legal persons has led to softening the constitutional limit, interpreting it in coherence with the demand of the experience of reality: indeed, it can be assumed that despite of the formal qualification, the legislature introduced this form of liability to address the criminogenic nature of business activity. Thus, it represents a “new” form of criminal law, modeled on the peculiarities of business crime, in which the entity is liable for a crime committed and the regulation of liability is informed by the principle of legality and non-retroactivity, which are typical for criminal law.

⁹ Primarily, the 1997 Brussels Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union, adopted under Title VI of the Treaty on European Union, published in the Official Journal of the European Communities No. C 195/1.

¹⁰ See ROMANO, M., *La responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 398.

This undoubtedly places it closer to the criminal category than to the administrative one. However, Italian case law¹¹ has opted for the middle ground solution, tailoring the aforementioned *tertium genus* of liability, that allows the issue of etiquette to be resolved on the theoretical level, without affecting the practical regulation, which - in the opinion of the writer - remains fundamentally criminal in nature.

Furthermore, there seems to be support for this perspective in international law. This support for this perspective is evident in international law and, in particular, in specific articles of the European Convention on Human Rights (ECHR), namely Articles 34 and 41, which imply that the Convention applies to legal persons, including corporations.¹² These articles recognize the right of individual petition and provide for the jurisdiction of the European Court of Human Rights (ECtHR) over not only states but also any person, non-governmental organization, or group of individuals claiming to be a victim of a human rights violation by a state party to the Convention. This inclusion of “any person” in the articles can be interpreted as encompassing both natural and legal persons, thereby affirming the applicability of the Convention to corporations.

In alignment with this interpretation, the overarching objective of the Convention is to ensure that every person, regardless of their legal status, can enjoy the rights and freedoms safeguarded by the ECHR; among the general principles, the principle of the correct qualification of the sanction must be included without fail, in order to avoid the so-called ‘labeling fraud’.¹³

¹¹ Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343 in *Cass. pen.*, 2015, n. 2, 426.

¹² See MACCHIAROLI, F., L'articolo 41 della Convenzione. Danni morali e persone giuridiche: orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Documenti Giustizia*, 2000, 223. See also ECtHR, *Agrotexim vs. Grecia*, October 24th, 1995; ECtHR, *Unión Alimentaria Sanders S.A. vs. Spain*, July 7th, 1989; ECJ, *Comingersoll S.A. vs. Portogallo*, Aprile 6th 2000; ECtHR, *Sovtrnavto Holding vs. Ukrain*, October 2nd, 2003.

¹³ MANNA, A. - LASALVIA, F.P., “Le pene senza delitto”: sull’inaccettabile “truffa delle etichette”, in *Arch. pen.*, 2017/1, 23 e ss.

To properly apply this principle, the European Court of Human Rights requires considering the so-called ‘Engel criteria’¹⁴, which establish that, for the proper classification of a sanction, one must not solely rely on the classification provided by domestic law, but, on the contrary, also evaluate the nature of the applied sanction, its severity, and its gravity. If companies are considered fully subject to the Convention, then by applying Engels criteria, the sanctions imposed on corporations under Decree 231 allow for the entire liability framework to be included in the criminal sphere.

1.2. CONDITIONS AND PREREQUISITES

The purpose of the paper is to frame the phenomenology of internal investigations and its usability in the prosecution of entities, so it is deemed necessary to proceed with an initial analysis of the prerequisites of the liability of legal persons in Italy, with some brief mentions of comparison with other European systems and the Anglo-American system. Specifically, the legal framework outlines two levels of liability: one strictly objective, like *actus reus*, and one subjective, similar to *mens rea*.

Regarding objective liability, it is important to note that a corporation can be held liable if one of the so-called *predicate* crimes is committed¹⁵ and provided that the crime is committed by an individual linked to the company by a qualified relationship.

In essence, there must be a functional link between the perpetrator and the corporation, which can be described in the dual capacity outlined in Article 5, letter *a*) and letter *b*): «the entity is liable if the crime is committed by *a) persons who hold positions of representation, administration, or management of the entity or one of its organizational units with financial and functional autonomy, as well as by persons who exercise, even de facto, the*

¹⁴ See Engel vs. Netherlands, June 8th, 1976.

¹⁵ The list is constantly being updated: in the current regulatory state, it includes cases that are also quite heterogeneous, such as malicious crimes against public administration or property and culpable crimes against the person and in violation of accident prevention regulations.

management and control of the same; b) by persons subject to the management or supervision of one of the individuals referred to in letter a)»¹⁶.

The second objective condition requires that the offense be committed in the interest or for the benefit of the entity. The assessment of the existence of the *interest* requires an *ex-ante* judgment, which takes place at the time of the criminal conduct and ascertains that the offender acted with the intent to benefit the entity, regardless of whether the entity was then actually favored. On the other hand, the assessment of the existence of the entity's advantage takes place *ex-post* and notes any positive economic or other results that the entity gained or could have gained from the commission of the crime.¹⁷

In this context, the Italian structure of corporations' liability is partially different from that provided in Anglo-American systems.

In the United States, a simpler model of ascertainment has been adopted which holds the company liable in all cases where an individual has acted within the scope of their employment. The only case in which corporate liability can be excluded is when the individual has acted against the interest of the company, such as by harming or defrauding it¹⁸. In contrast, regulations in European that govern the criminal liability of corporations tend to provide for a system like the Italian one: for example, Article 31-bis of the Spanish Criminal Code provides that the company is liable in the case of an offense committed «*in its name or on*

¹⁶ In comparison to the Anglo-American system, Italy has adopted the so-called "specific system," which provides for the liability of the entity only in the case of the commission of crimes specified by law. In the United States, on the other hand, the liability of the entity may arise from the commission of any act that domestic law provides for as a crime; see MILITELLO, E., *Criminal investigations on corporate liability. A comparative account on Italy and the United States*, Pisa, 2020, 159.

¹⁷ DE SIMONE, G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in G. Garuti (ed.), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padua, 2002, 101. The difference between the two terms of the objective connection between the author and the company lies in the fact that the first concerns the subjective finalization of the conduct, while the other takes on more markedly objective connotations since an advantage can be taken by the corporation even when the individual has not acted in its interest.

¹⁸ MILITELLO, E., *Criminal investigations on corporate liability*, cit., 157.

its behalf or for its benefit» and Article 3 paragraph 1 no. 1 of the Austrian VbVG recognizes liability only in the case of an offense committed for the benefit of the corporations, requiring more than the mere “occasion of employment” to which the U.S. regulations attach relevance¹⁹.

On a subjective level, corporate liability is further subject to a criterion of a sort of *mens rea*, which can be identified in the so-called “organizational fault.”

Italy does not allow for strict liability in criminal law, which is understood as a liability imposed in the absence of intent or negligence in the act.

In contrast, Anglo-American systems have historically adopted standards traceable to strict liability, regardless of whether there was an actual possibility of reproaching the corporation.

In summary, in the Italian system, corporate liability is attributed to the failure to adopt or comply with appropriate *standards* regarding the organization and conduct of business activities.

From this perspective, a corporation can only be charged for the commission of a crime if it failed to establish an effective organizational system aimed at preventing and managing the risk of the offense, regardless of whether the crime was committed in its interest or to its advantage.

However, a company can defend itself if it adopted and effectively implemented an *organizational and management model* before the commission of the crime, that is suitable for preventing the commission of similar crimes.

To exclude culpability, the management body must have adopted and effectively implemented organizational models, the Supervisory Body must supervise and update them, and there must have been no failure or insufficient supervision of their functioning and observance²⁰.

¹⁹ DE SIMONE, G., La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri oggettivi di comparazione in *Dir. pen. cont.*, October 24th, 2012, 33.

²⁰ See PULITANÒ, D., *La responsabilità “da reato” degli enti*, cit., 420; ALESSANDRI, A., *Diritto penale e attività economiche*, cit., 241; VINCIGUERRA, S., *Quale specie di illecito?*, cit., 199; DE VERO, G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 177; GARGANI, A., *Individuale e collettivo nella responsabilità delle societās*, cit., 260; LOTTINI, R., *sub art. 8 d.lgs. 231/2001*, cit., 2320.

Thus, the corporate *compliance* model operates as a cause of exclusion of culpability both when the predicate offense is committed by a top person and when a subordinate person commits the same.

Legislative Decree 231/2001 compliance models, or “Compliance Company Programs,” were partly derived from Anglo-American legislation and aim to align individual conduct with the law and activate effective internal control systems to ensure lawful and fair business operations.

However, unlike in Italy, compliance with programs and the correctness of choices cannot lead to complete impunity for the entity, which can only get a reduction of up to 80 percent of the penalty.

One of the most notable aspects of the 231-liability system is that it has established a model of liability that is *direct* and *autonomous* to the entity, meaning that it does not necessarily require the establishment of the liability of a specific natural person (Art. 8)²¹.

This choice was dictated by the real and pragmatic need to deal with the current medium-large organization of companies, which presents a horizontal division of competencies and a fragmentation of decision-making and operational centers that would have made it extremely difficult to identify the perpetrator, thus inhibiting the effectiveness of the “criminal” response against collective entities.

2. WHAT IS THE CRIMINAL CHARGE TO THE COMPANY? POSSIBLE HYPOTHESES

Before delving into the issue of internal investigations, it is necessary to briefly consider the type of offense for which the defendant corporation is liable.

Two hypotheses have been proposed in the literature:

- i.* the corporation is liable for *aiding* and abetting the crime committed by the perpetrator;
- ii.* the corporation is liable for an *independent and separate offense*.

²¹ See BARTOLUCCI, M. A., L'art. 8 del d.lgs. 231/2001 nel Triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato e 'nuove forme' di colpevolezza, in *Dir. pen. cont.*, January 9th, 2017.

In the first scenario, there is only one crime with two accomplices with different *mens rea* criteria²². In the second case, the two offenses would be distinct and therefore could not be reduced to a single charge²³.

Indeed, it is argued that [1.] negligent facilitation in another's intentional offense is not generally permitted in our criminal system, unless it is expressly provided for; [2.] if the corporation is liable for the predicate offense, the alternative lawful conduct should be the prevention of the predicate offense, according to the guarantee model (commission by omission). However, the company has no guarantor role in preventing its employees from committing crimes²⁴.

However, the two hypotheses addressed in the literature do not shift the focus of this work from the topic of internal investigations: in both cases it is taken to appreciate that internal investigations assume a strictly defensive function in the prosecution of the corporations.

3. (CONTINUED) THE CUMULATIVE PROCESS OF THE CORPORATION AND THE PERPETRATOR

From a procedural point of view, indeed, it is necessary to emphasize that the liability process of both the corporation and the perpetrator follows the rules of a criminal trial, which are designed to determine liability for individual defendants;²⁵ this aspect is decidedly relevant in order to qualify and regulate internal corporate investigations.

²² PALIERO, C.E., *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO, F.C. (ed), *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padua, 2003, 17. PALIERO, C.E., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1527.

²³ Cfr. MUCCIARELLI, F., *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Dir pen. proc.*, 2011, 4, 431; GIUNTA, F. *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in DE FRANCESCO, G. (ed), *La responsabilità degli enti. Un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, Turin, 2001, 35.

²⁴ See MUCCIARELLI, F., *Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001*, cit., 433.

²⁵ MANCUSO, E. M., *Autonomia di accertamento e *simultaneus processus**, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milan, 2002, 212.

If the two proceedings are initially separate, Article 38 of Legislative Decree No. 231/2001 provides that the proceedings to establish corporate liability must be consolidated with the criminal proceedings involving the perpetrator (so-called *simultaneus processus*).

This unified approach to two different legal issues raises questions about the actual procedural safeguards for the company²⁶. In examining legal cases, there appears to be a certain speed in the reasoning when addressing the - almost always secondary and residual - issue of corporate liability.

What is argued to exclude or establish the liability of the perpetrator automatically becomes relevant for the liability of the company when the evidence bundle does not include evidence of a compliance model or a finding of its timely updating.

In essence, prosecuting the perpetrator is evidence of organizational dysfunction in terms of compliance, which is sufficient for not excluding the liability of the corporation.

It is worth noting that, in this way, Article 8 loses its relevance: even if the perpetrator is not identified, it is sufficient for the judge to verify only the objective elements of the crime – which are necessarily the only ones - for the corporation to be included in the proceedings. Whether there is a human defendant or not, if a predicate offense is ascertained, at least in its objective elements, the proceedings can move forward.²⁷

This sort of “relative presumption” that is formed against the company involved in such a proceeding is not the only issue that seems to raise concerns about the procedural rights of the individuals involved: from another perspective, the natural person also suffers from the weakness of procedural guarantees.

Indeed, the decision of the Italian legislature to structure the *de societate* process in the same way as that of an individual was made without considering at least two other factors:

²⁶ See DI BITONTO, M. L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Naples, 2012, 31.

²⁷ See BARTOLUCCI, M. A., *L'art. 8 del d.lgs. 231/2001 nel Triangolo di Penrose*, cit., 11.

- the particularity of companies, which do not have a personality distinct from that of the individual representing them in the trial, who is often equally involved in the same offense;
- the different parameters used to establish the liability of corporations, compared to those used to determine criminal culpability for individuals, which can affect the latter's position in the same trial context.

Regarding the first point, a critical issue arises if we analyze Article 44 of Legislative Decree 231/2001, which requires the legal representative who did not hold office at the time of the offense to testify in the trial against the corporation. It has been rightly pointed out that this is detrimental to the right of defense, as it forces the person representing the company to testify and speak on its behalf in the trial.²⁸

Moreover, the choice of the Italian legal system is not unique, as other European legal systems have adopted models that tend to sacrifice the right to defense traditionally recognized for all parties involved in a criminal proceeding.

For instance, French legislation is even less protective than the Italian one, allowing the corporation to participate in the trial through the person who holds the functions of legal representation at the time of the prosecution and forcing them to testify as a witness²⁹.

In the second respect, it has been pointed out that the proceedings against the company aggravate, or at the very least, do not facilitate the position of the individual offender³⁰.

²⁸ See P. Ferrua, *Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento*, in GARUTI G. (ed.), *Responsabilità degli enti*, Padua, 2022, 238.

²⁹ See BUFFELAN – LANORE, Y., *La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales*, in *Rev. soc.*, 1993, 315.

³⁰ NICOLICCHIA, F., “Corporate internal investigations” e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2014, 783.

This issue has been extensively analyzed in comparative experiences³¹, as it appears to be a common thread in *de societate* trials in other jurisdictions as well, closely tied with the admissibility of internal investigations, which will be examined below.

It is worth noting that in Italy, the law regarding the incompatibility of the defense mandate (Article 106 of the criminal procedure code) requires the positions of the “defendants” to be “incompatible” with each other for its application. However, the entity is only called to answer for an administrative offense, and its liability is formally administrative, which would lead to its exclusion as a defendant³². It is difficult to determine the parameter of incompatibility in the context of the relationship between corporations and human defendants. Often, the incompatibility emerges after the joint mandate has been assumed by the defender, with detrimental consequences for the confidentiality of the communications that have already taken place between the defender and the assisted human person³³.

³¹ See DISKANT, E.B., *Comparative Corporate Criminal Liability: exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure in Yale Law Journal*, 2008, n. 118/126, *passim*.

³² NICOLICCHIA, F., “*Corporate internal investigations*” e diritti dell’imputato del reato presupposto nell’ambito della responsabilità “penale” degli enti, cit., p. 802.

³³ See J. SANDLER NELSON, J. – PARRY, R., *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime: A proposal for Criminale Cumis Counsel*, in *BBLJ*, vol. 10, 1 115. NICOLICCHIA, F., “*Corporate internal investigations*” e diritti dell’imputato del reato presupposto nell’ambito della responsabilità “penale” degli enti, cit., 801 (nota 78 SANDLER NELSON, J. – PARRY, R., *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime: A proposal for Criminale Cumis Counsel*, cit., 115. In the American experience, the problem has been addressed by incorporating the dictates of insurance law and thereby inhibiting the choice of joint counsel by the economically more powerful party: specifically, the principle has been applied whereby where the insured is sued by a third party claiming compensation for a loss covered by the policy, the insurance company, which is also obliged to bear the insured’s legal costs, loses - as the bearer of a potential conflict of interest - its right to choose the defense counsel appointed to represent it while retaining its obligation to pay the attorney, who can thus be freely identified by the client. The application of this principle in liability of legal persons would thus allow the defendant of the predicate offense to independently identify a defense counsel, if necessary, even different from that of the corporation while retaining - where provided for - his right to be held harmless from the payment of legal fees. See DI FIORINO, E. – FORNARI, G. (eds.), *Investigazioni interne, Poteri, diritti, limiti e responsabilità*, Pisa, 2022; MANCUSO, E. M., *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra*

4. INTERNAL INVESTIGATIONS

4.1. INITIATIVE AND PRELIMINARY INVESTIGATIONS

The expression *internal investigations*³⁴ refers to the investigative activities conducted by a corporation within its organization to verify information regarding possible violations of the law or company *policies* and to ascertain facts involving the company or its employees that could result in civil, administrative, or criminal liability.

Their primary function is aimed at internal audits of the maintenance and implementation of the company's organization and risk management model, monitoring the application of *policies* to identify any procedural and organizational deficiencies that need to be promptly remedied, and any disciplinary proceedings.

Investigation activities generally begin with reports triggered through *whistleblowing*³⁵ channels or from the dissemination of press

vuoto normativo e prassi applicative incerte, in CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., (eds.), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 217 MANCUSO, E. M., *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in Aa.Vv. (ed.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 1933. It should be considered that this solution has been elaborated within the American legal system because it is a widely recognized principle of the so-called indemnification, i.e., compensation for legal costs arising from the commission of a crime in the exercise of one's work activity, and in many States, it is the same legislation that explicitly provides for the duty on the part of the corporation to bear the legal costs at least of its top members. While in the European cultural and legal background this mechanism does not operate and the possibility of the assumption by the corporation of the costs incurred for the defense in a criminal trial of the individual is excluded in the case of intent or gross negligence and operates only in the case of an acquittal or at any rate of a positive outcome of the trial.

³⁴ See SANDLER NELSON, J. – PARRY, R., *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime: A proposal for Criminale Cumis Counsel*, cit., 115; NICOLICCHIA, F., *"Corporate internal investigations" e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità "penale" degli enti: alcuni rilievi sulla base della "lezione americana"*, cit., 801; SANDLER NELSON, J. – PARRY, R., *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime: A proposal for Criminale Cumis Counsel*, cit., 115.

³⁵ See BARTOLUCCI, M.A., *Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in "ambito 231"*,

reports involving profiles of responsibility of the entity's *management* or may be requested by independent bodies responsible for internal *compliance* control.

Within this context, internal investigations serve as an internal response to signals of potential wrongdoing or mismanagement, acting to restore confidence in the company's ability to manage risks for markets, regulators, and civil society³⁶.

It is useful to note that the supervisory body plays a crucial role in initiating and overseeing internal investigations, as they are typically responsible for intercepting and managing information flows regarding potential violations of corporate compliance or 231 offenses, often with the aid of independent resources³⁷.

However, it's important to remember that internal investigations differ from ordinary internal control activities conducted by *compliance* and *risk management* bodies due to their procedural character.

This includes the possibility of being subject to cross-examination by the parties involved, and the fact that the findings could have a direct impact on the court's attention ³⁸.

The activity carried out by the *investigation team* typically involves the acquisition and analysis of documents kept in the company's archives.

Regarding the documentary research, if the company does not have access to the places of cataloging, it may resort to requesting delivery from third parties in the form of defensive investigations under Article 391-bis et seq. c.p.p.

in *Giur. pen. web.*, 2021, 1-bis, 1 e D'ACQUARONE, V. – ROSCINI VITALI, R. L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del Modello di organizzazione e gestione, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2020, n. 1, 320.

³⁶ See SPEHL, S. – GRUETZNER, N. (eds.), *Corporate Internal Investigations*, Munchen, 2013, *passim*.

³⁷ MANCUSO, E. M., *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., 1936.

³⁸ In this sense, see FORTUNATO, S., The practice of internal investigation in CENTONZE, F. – GIAVAZZI, S., *Internal Investigations. Best practices and instances of regulation*, Turin, 2021, 163.

In the generality of cases, the documentation to be analyzed is of an administrative-accounting or commercial nature, such as purchase orders, invoices, transfers, payments, accounting records, contracts, or organizational documentation such as *policies*, proxies, and minutes. However, it can also include entire email accounts, project documentation, and employee, customer, and supplier master records³⁹.

A second important activity of internal investigations is conducting interviews. The purpose of these interviews is to gather useful information or to discuss the results of the document review. Interviews are an efficient way to obtain general information about business processes, clarify information that emerged during the document review, or obtain an explanation of the links between various documents that may indicate procedural discrepancies (known as a *walk-through*)⁴⁰.

It is important to note that the interviews conducted during internal investigations are distinct from those shown during disciplinary proceedings: during internal investigations, the interviews should not formalize any contestation of responsibility or truthfulness of statements previously made by interviewee⁴¹.

After acquiring the necessary documents and developing a follow-up of the interview results, data analysis is carried out. This analysis can take various forms, depending on the nature of the investigation, such as analyzing accounting or billing reports, identifying trends in incidences of management anomalies or discontinuities, and examining internal communications and emails.

Internal company investigations are conducted in a very similar manner in other countries that have adopted a similar model of corporate

³⁹ See DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, in SPEHL, S. – GRUETZNER, N. (eds.), *Corporate Internal Investigations*, cit., 245.

⁴⁰ See LONATI, S. – BORLINI, L.S., Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience, in SØREIDE, T. – MAKINWA, A. (eds.), *Negotiated Settlements in Bribery Cases*, Cheltenham, 2020, 280.

⁴¹ REGOLIOSI, C. – D'ERI, A., “Good” corporate governance and the quality of internal auditing departments in Italian listed firms. An exploratory investigation in Italian listed firms, in *J. Manag. Gov.*, 2014, 18, 891.

criminal liability. This is because detailed descriptions of investigative models are often part of shared company-wide best practices, which are disseminated to all workers. As a result of international labor mobility and the existence of *ad hoc* models, the European and non-European landscape has become more uniform; this fact emerges, as already mentioned, from the structure as well as the methods used for conducting internal investigations, which exhibit significant similarities across Europe⁴².

In light of the highlighted features, it is possible to see the internal investigations as a valid tool for avoiding criminal risk for the corporation, or at least for inhibiting excessive sanctioning.

However, at the same time, it is equally easy to perceive a significant risk of harmful effects for the individual involved in internal investigations.

As will be seen later, the internal investigation system is focused on promoting the cooperation of the parties involved with the judicial authority to reconstruct criminal responsibilities, to find a party to assign guilt for what happened and to reach a final agreement capable of satisfying the parties involved.

5. (CONTINUED) THE NATURE OF INTERNAL INVESTIGATIONS AND THE NEED FOR PROTECTION OF THE LEGAL PRIVILEGE

The legal classification of internal investigations is a complex issue.

With the increased autonomy of legal entities in criminal trials, it has been necessary to overcome the “legislative silence” regarding the regulation and qualification of internal investigations in order to develop a “trial right” suitable for allowing corporations to defend themselves in court.

⁴² For a more in-depth analysis of these similarities, please refer to SANDLER NELSON, J. – PARRY, R., *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime*, cit., 115; NICOLICCHIA, F., “Corporate internal investigations” e diritti dell’imputato del reato presupposto nell’ambito della responsabilità “penale” degli enti, cit., 801; SANDLER NELSON, J. – PARRY, R., *Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime*, cit., 115; MANCUSO, E. M., *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, cit., 217; MANCUSO, E. M., *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell’ente*, cit., 1933.

In Italy, this need has resulted in the search for a kind of procedural “typicality” in the forms of defensive investigations under Article 391-bis of the Code of Criminal Procedure and subsequent regulations⁴³.

It should be noted that internal investigation activities are not only carried out in case of criminal proceedings initiated by the Public Prosecutor’s Office. Sometimes, the internal control dynamic is triggered in the “physiology” of the corporation when, for example, the head of the company’s internal audit function or the head of legal affairs initiates an investigation for a reported irregularity, which does not necessarily constitute a criminal offense relevant to Legislative Decree 231.

This is why the provision in Article 327-bis of the criminal procedure code, which extends the timeframe in which defense investigation can legitimately be carried out, has been seen as an indication of the legal classification of internal investigations within the scope of the activity described by Title VI-bis of Book Five of the criminal procedure code.

If the code allows the defense counsel, with the appropriate mandate, to conduct investigative activities before the formal opening of criminal proceedings, then all internal control activities, even those carried out on that “physiological” basis, can be used for trial purposes when needed⁴⁴.

In this case, the activity of internal investigation must comply with the forms of the Code.

The defender, as is known, may carry out the investigative acts only within the rites and guarantees imposed by the law, such as conducting interviews, receiving statements, gathering information, requesting documents, acquiring expert opinions, and accessing places even if they are not open to the public.

On the other hand, if one does not wish to agree with this normative classification, internal investigation activities are exempt

⁴³ DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., , *Italy*, cit., 246.

⁴⁴ LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 282.

from codified formalities. They may be presented in the trial like any other documentary evidence.

However, by being outside the scope of Article 391-*bis* of the Code of Criminal Procedure, corporations may lose not only the “parity of arms” concerning the investigative activities of the Public Prosecutor but also the guarantee of defensive secrecy.⁴⁵

It should be noted that defense counsel with a mandate (even if only for the conduct of preventive defense investigations under Article 391-*nonies* of the Code of Criminal Procedure) can invoke the guarantees under Article 103 of the Code of Criminal Procedure against investigative intrusions conducted through inspections in law firms, seizures of defense materials, or wiretaps.

The professional who acquires the acts of investigations operates as such and is bound only to professional secrecy⁴⁶.

On a procedural level, the defense counsel has the right to refuse to give testimony on the facts they have learned in the exercise of their professional mandate under Article 200 of the Code of Criminal Procedure and to hand over acts or documents that they has acquired for professional reasons.

However, in the absence of a formal objection such as when the documentation is found elsewhere, nothing prevents the judicial authority from proceeding with the seizure of the same material⁴⁷.

The issue becomes even more complex when considering the scenario in which the internal investigations are carried out by the “in-house” counsel, who is deprived of any privilege coverage due to the absence of independence requirements.

⁴⁵ DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 246.

⁴⁶ MANCUSO, E. M., Internal investigations in criminal proceedings: regulatory subsidiarity and new cooperative scenarios, in CENTONZE, F. – GIAVAZZI, S., (eds.), *Internal Investigations. Best practices and instances of regulation*, Turin, 2021, 253.

⁴⁷ LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 284.

While Common Law jurisdictions explicitly recognize this issue through the institution of the U.S. “attorney-client privilege”⁴⁸ or the British “legal advice privilege,”⁴⁹ in the Italian system, instead, it has been classified under the general “professional secrecy”⁵⁰ applicable to other types of professions and job positions⁵¹. Essentially, the legal privilege represents a manifestation of the corporation’s right not to self-incriminate, as a corollary of the right of defense to be exploited especially in self-reporting procedures, i.e., cooperation between the prosecutor and defendant. In fact, legal privilege is not a privilege of the lawyer but rather represents a guarantee of the fiduciary nature of the relationship between defense counsel and the client and a protection of the confidential information that inevitably emerges during defense investigations. The gaps in Italian regulations regarding the management of defense investigations also result in a gap in the protection of legal privilege, which can prevent the dissemination of sensitive information concerning the companies subject to the investigations, there is no form of protection for the information and contents that in-house counsel must manage in the context of internal investigations under Italian law.

⁴⁸ See BLOCK J. – BARTON, N.E., *Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine*, in MCNEIL, B.F. – BRIAN, B. (eds.), *Internal Corporate Investigations*, Chicago, 2007, 17.

⁴⁹ See LUDLAM, J. – GARFIELD, H., England and Wales, in SPEHL, S. – GRUETZNER, N. (eds.), *Corporate Internal Investigations*, cit., 260.

⁵⁰ Under Article 200 of the Italian criminal procedure code, «*Those who, by reason of their ministry, office, or profession, are aware of certain facts may not be compelled to testify about them, except in cases where they are obligated to report them to the judicial authority:*

a) *ministers of religious denominations whose statutes do not conflict with the Italian legal system;*

b) *lawyers, authorized private investigators, technical consultants, and notaries;*

c) *doctors, surgeons, pharmacists, midwives, and anyone else practicing a health profession;*

d) *those exercising other offices or professions to which the law recognizes the right to refrain from testifying, due to professional secrecy»*

⁵¹ D’ACQUARONE, V. – ROSCINI VITALI, R. *L’investigazione interna nel procedimento a carico dell’ente: alcuni spunti per l’integrazione del Modello di organizzazione e gestione*, cit., 334.

6. THE ADMISSIBILITY OF INTERNAL INVESTIGATIONS AT THE PRELIMINARY INVESTIGATION STAGE

The theoretical difficulty of qualifying internal investigations⁵² and the lack of detailed legislation has created quite a few problems in terms of their acquisition in the criminal process from the investigation stage⁵³.

The point is that internal investigations could be extremely useful where they enable the exclusion of an entity's compliance defect; but they can be also counterproductive because – if the Prosecutor has reason to believe that the internal investigation has uncovered evidence relevant to the alleged offense – they may have it added to the case file: this means that conducting an internal investigation can become a self-defeating tool for the defense strategy, as it directly conveys management issues and process anomalies to the prosecutor that can be construed as indications of criminal activity. This situation creates a disadvantage for companies that proactively conduct follow-up audits when they detect internal dysfunction, as it leads to their internal investigations losing any appeal based on good practices⁵⁴. Even though companies are responsible for initiating and financing these investigations, they should still be able to identify benefits from conducting them. To illustrate this point in the context of the Italian jurisdiction, let's consider a hypothetical scenario where a report triggers an internal audit, which subsequently leads to the Public Prosecutor charging the company with one of the predicate offenses of 231 liability. Alternatively, the internal investigative activity could be a result of the first act of investigation by the Public Prosecutor⁵⁵.

⁵² See DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 248.

⁵³ A short note: while it is still unclear how to classify internal investigations, there is no obligation to disclose the results obtained before or during the criminal proceedings. For a more in-depth analysis of the, please refer to MANCUSO, E. M., *Internal investigations in corporation proceedings*, cit., 1942.

⁵⁴ DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 250.

⁵⁵ LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 284.

Potentially, the internal investigation activities, at the first recording of conduct with criminal relevance, led the company to appoint a defense counsel and grant a defense mandate: the results of the internal investigation activities may be qualified under Article 391-*bis* of the *Criminal Code*.

Article 58 of Legislative Decree 231/2001 establishes that the Public Prosecutor may issue a reasoned decree of dismissal if he considers that the conditions for the administrative offense are not met.

This means that, except for the obligation to notify the Attorney General's Office at the Court of Appeals, which evaluates any challenge in place of the filing prosecutor, the dismissal in that kind of process does not go through the judicial review but follows the procedure provided for "non-crime news" in Register mod. 45⁵⁶.

This makes the confrontation with the Prosecutor at this stage of the investigation a crucial moment.

Two scenarios can be envisaged⁵⁷.

The first is that the internal investigations were triggered because of an *alert* generated by the correct application of the preventive safeguards developed and implemented in the Management and Organization Model adopted by the company.

In this case, the production of the results of the internal investigations in the form of a possible memorandum under Article 415-*bis* of the Code of Criminal Procedure to the Public Prosecutor ensures exoneration of liability for the integration of the conditions outlined in Article 6 of Legislative Decree No. 231/2001. The documentary evidence of the control activity activated by an internal warning system makes it possible to prove the company's absolute extraneousness to the criminal affair⁵⁸.

⁵⁶ See DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 248.

⁵⁷ S. LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 290.

⁵⁸ DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 249.

In the second scenario, the internal investigations revealed that the crime was committed with the tacit endorsement of an outdated, inadequately implemented, and supervisory-deficient *compliance* system.

In this case, even if dismissal is not possible, timely internal investigation activities can still be a valuable tool for trial cooperation⁵⁹.

It should be noted that Legislative Decree 231/2001 was intended to promote prevention and remediation through *post-factum* activities aimed at repairing control system flaws⁶⁰.

The critical issues highlighted in the company's internal *audit* system, as a form of self-reporting and risk self-management, become indications of virtuous behavior that can be used to mitigate the penalty treatment under Art. 12 and to sterilize the interdiction tool under Art. 17 of Legislative Decree 231/2001⁶¹.

While a *post-factum* model may not perform the preventive function of an *ante-factum* model, it is still important to consider the organizational deficiencies that led to the crime. This means that internal investigations become strategic tools for repair and must be enhanced in a rewarding manner⁶²: the proactive behavior of the company can serve as a clear discontinuity line with the internal organizational disorder that allowed the violation to occur⁶³.

Article 12 of Legislative Decree No. 231 allows for a reduction of the pecuniary penalty from one-third to one-half if, before the beginning of the trial, the company has fully compensated for the

⁵⁹ LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 291.

⁶⁰ MANCUSO, E. M., *Internal investigations in criminal proceedings: regulatory subsidiarity and new cooperative scenarios*, cit., 258.

⁶¹ DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 253.

⁶² See VARRASO, G., Un utile “approfondimento” della Suprema corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d.lgs. n. 231 del 2001 in *Cass. pen.*, 2016, 3403.

⁶³ MANCUSO, E. M., *Internal investigations in the Italian procedural system: between regulatory vacuum and uncertain application practices*, cit., 240.

damage, eliminated the harmful or dangerous consequences of the crime or has taken effective steps to do so.

Moreover, an organizational model suitable for preventing crimes of the same kind as the one that occurred has been adopted or made operational.

Article 17 of Legislative Decree No. 231 excludes the application of interdiction sanctions if – before the beginning of the trial – the company has complied with the conditions specified in Article 12 and has made available the profit made for confiscation.

This complex system of having the entity self-reporting to the judicial authority at the end of internal investigations originates from the U.S. system, in which self-reporting has assumed decisive importance⁶⁴. The practice allows companies to prevent any form of “aggressive prosecution” and to decide when and how to confess⁶⁵.

7. THE ADMISSIBILITY AND THE BENEFITS OF INTERNAL INVESTIGATIONS IN THE NEGOTIATION RITE

It has been chosen to consider the issue of the usability of internal investigations also in the negotiation rite, because - in the view of the author - the topic is closely related to their output in the course of the preliminary investigation and in developing the relationship with the Prosecutor.

The admissibility of evidence obtained through internal investigations in the negotiation process is a complex issue that requires careful consideration.

While internal investigations can be a useful tool for companies to identify and address potential criminal or regulatory violations, there are concerns, as already mentioned, about the reliability and credibility

⁶⁴ NICOLICCHIA, F., “*Corporate internal investigations*” e diritti dell’imputato del reato presupposto nell’ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”, cit., 801.

⁶⁵ LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 299.

of information gathered in such investigations, as well as the potential for conflicts of interest when companies investigate themselves.

When conducted properly, internal investigations can demonstrate a company's commitment to compliance and may be admissible as evidence in the negotiation rite.

In criminal proceedings against entities, the primary goal for the company is often to avoid disqualification sanctions, which have a more far-reaching and long-lasting impact on future investments, market credibility, and reliability than pecuniary sanctions, which may fall under a calculated and accepted enterprise risk^{66 67}.

The legislature's intention to promote "restorative justice" through Article 17 can only be achieved if the entity demonstrates a level of maturity in its compliance system that can prevent the commission of future offenses under Legislative Decree 231⁶⁸.

Internal investigations play a crucial role in this assessment, as the Supreme Court has repeatedly emphasized that the 231 system is intended to be preventive, and that the entity's autonomy is subject to judicial scrutiny⁶⁹. Therefore, the voluntary nature of internal investigations makes them easy to associate with this restorative approach, as they complement the preventive policy by highlighting the organization's

⁶⁶ LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 301.

⁶⁷ There has been a strong tendency to apply the special procedure of plea bargaining, as provided for by Article 444 of the Code of Criminal Procedure, and subsequent articles, in proceedings against entities, under Articles 34 and 63 of Legislative Decree 231/2001. This procedural mechanism involves the negotiation, between the company and the Public Prosecutor, of a proposed sentence which is then submitted to the Judge for review and approval. This proposed sentence deals with the legal characterization of the offense, the application of sanctions, the confiscation of assets, and the appropriateness of the sentence. On this topic, see RUGGIERI, F., *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 3, 921.

⁶⁸ DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 255.

⁶⁹ Cass. sec. II, Feb. 9, 2016, no. 11209, in *Cass. pen.*, 2016, 3384.

weaknesses and reconstructing the facts to identify and control the flaws that have hindered proper business process management⁷⁰.

In that way, the timely contribution of internal investigations can lead to the negotiated settlement of proceedings with the application of Article 17 at an earlier stage than a possible indictment. This allows the entity to avoid negative repercussions on its reputation and to use its resources efficiently, allocating them to the implementation of a more effective compliance model⁷¹.

It can be argued that the more quickly and convincingly internal investigations are done, the quicker the corporation “comes out” of the process charged against it: this explains why in Italy in most cases, regardless of what happens to the indictment of the individual, legal representatives of companies tend to negotiate the monetary penalty alone, taking advantage of Article 17 to avoid the interdictory penalty.

However, this dynamic could lead to a risk of overlap between preliminary investigations and internal investigations.

The increasing reliance on negotiation in 231 proceedings carry a risk of privatization of investigative activity, leading to private negotiation of judicial activity⁷².

The perception that the more resources a company has to conduct thorough internal investigations and convince the prosecutor to request dismissal or a lenient plea bargain, the lower the criminal risk, could neutralize the deterrent effect of the criminal instrument. Even if there is this risk and the instrument of internal investigations is still too little exploited in Italy, it could be an important starting point for fostering greater cooperation between the State and the companies, especially in the phase following the commission of a crime: it could give the corporation the opportunity to demonstrate that it is (or has become) compliant with the law and that it wants to ensure the

⁷⁰ In these terms, MANCUSO, E. M., *Internal investigations in criminal proceedings: regulatory subsidiarity and new cooperative scenarios*, cit., 259.

⁷¹ DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, cit., 256.

⁷² LONATI, S. – BORLINI, L.S., *Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience*, cit., 280.

successful outcome of the Prosecutor's investigation, by making its internal structures of control available.

CONCLUSIONS

In conclusion, the significance of internal investigations has grown considerably. Firstly, their primary purpose is to provide an avenue for whistleblowing reports, which often run the risk of being overlooked.

The lack of trust on the part of the whistleblower regarding the response to the reported issues is common. The whistleblower does not always believe that their report will lead to a proper follow-up, such as targeted investigations to verify the reported conduct and provide evidence to support potential legal, disciplinary, or other corrective actions. Often, the organization's own leadership raises these doubts, leading the whistleblower to believe that reporting is probably futile, rather than promoting a "culture of transparency."

Through internal investigations, a company can internally address potential wrongdoing by conducting necessary assessments.

It's worth noting that internal investigations carried out by companies in countries with a corporate criminal liability model similar to Italy's exhibit significant similarities.

This is because of the best practices initially developed by major companies and subsequently adopted across all European organizations.

Internal investigations have gained importance as a method to mitigate the risk of corporate criminal liability, demonstrating the company's commitment to addressing misconduct within its ranks.

However, internal investigations present delicate issues that pose challenges for resolution. One of the key matters addressed in this discussion is the classification of internal investigations based on criminal procedure rules.

Generally, internal investigations are associated with information gathering by the defense, even in preventive stages, requiring compliance with penal procedure rules during execution. This ensures a distinct probative regime for the collected evidence, along with all the guarantees provided by the code of criminal procedure.

These guarantees include, among others, the prohibition of seizing correspondence and relevant defense documentation and the prohibition of intercepting communications and conversations.

Nevertheless, the absence of precise regulation inevitably leads to a weakening of legal privilege and a high risk of internal conflicts of interest within the company.

Another relevant issue is the possibility for the Public Prosecutor to access the content of internal investigations during the preliminary investigation stage, potentially infringing upon the principle of “*nemo tenetur se detegere*” (the right not to self-incriminate).

Despite this risk, such investigations could be used as evidence to mitigate any penalties imposed on the company.

Although internal investigations’ usefulness is acknowledged, the lack of adequate regulation in Italian law gives rise to numerous risks that companies intending to conduct internal investigations must carefully evaluate.

The implementation of *ad hoc* legislation would be desirable to maintain this possibility, as it undoubtedly facilitates the work of the Public Prosecutor and demonstrates the company’s willingness to cooperate with law enforcement authorities. However, if not properly regulated, such legislation risks clumsily interfering with criminal procedures and violating the general principles recognized by the legal system.

REFERENCES

ALESSANDRI, A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 241;

BARTOLI, R., Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita, in *Dir. pen. cont.*, 10 marzo 2016, 16;

BARTOLUCCI, M.A., L’art. 8 del d.lgs. 231/2001 nel Triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato e ‘nuove forme’ di colpevolezza, in *Dir. pen. cont.*, January 9th, 2017;

BARTOLUCCI, M.A., Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in “ambito 231”, in *Giur. pen. web.*, 2021, 1-bis, 1;

BLOCK J. – BARTON, N.E., Implications of the Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine, in MCNEIL, B.F. – BRIAN, B. (eds.), *Internal Corporate Investigations*, Chicago, 2007, 17;

BUFFELAN - LANORE, Y., La procédure applicable aux infractions commises par les personnes morales, in *Rev. soc.*, 1993, 315;

D'ACQUARONE, V. – ROSCINI VITALI, R. L'investigazione interna nel procedimento a carico dell'ente: alcuni spunti per l'integrazione del Modello di organizzazione e gestione, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2020, n. 1, 320. <https://doi.org/10.12871/97888684181768>;

DE SIMONE, G., I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in GARUTI, G. (ed.), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padua, 2002, 101. <https://doi.org/10.12871/97888684181768>;

DE SIMONE, G., La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri oggettivi di comparazione in *Dir. pen. cont.*, October 24th, 2012, 33;

DE VERO, G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milan, 2008, 177;

DI BITONTO, M.L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Naples, 2012, 31;

DI FIORINO, E. – FORNARI, G. (eds.), *Investigazioni interne, Poteri, diritti, limiti e responsabilità*, Pisa, 2022;

DI GARBO, G. – GAUDINO, F. – MANCUSO, E. M. – VASILE, M., *Italy*, in SPEHL, S. – GRUETZNER, N. (eds.), *Corporate Internal Investigations*, Munchen, 2013, 245; https://doi.org/10.5771/9783845259062_264;

DI GIOVINE, O., Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo, in LATTANZI, G. (ed.), *Reati e responsabilità degli enti*, Milan, 2010, 135;

DISKANT, E.B., Comparative Corporate Criminal Liability: exploring the Uniquely American Doctrine through Comparative Criminal Procedure in *Yale Law Journal*, 2008, n. 118/126. <https://doi.org/10.2307/20454705>;

FERRUA, P. Il processo penale contro gli enti: incoerenze ed anomalie nelle regole di accertamento, in GARUTI, G. (ed.), *Responsabilità degli enti*, Padua, 2022, 238. <https://doi.org/10.12871/97888674161107>;

FINDER, J. – MCCONNELL, B., Devolution of Authority: the Department of Justice's Corporate Charging Policies, in *St. Louis Univ. Law Journal*, 51, 2006, 1;

FORTI, G., Uno sguardo ai “piani nobili” del d. lgs. n. 231/2011, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2012, 1249;

FORTUNATO, G., The practice of internal investigation, in CENTONZE, F. – GIAVAZZI, S., (eds.), *Internal Investigations. Best practices and instances of regulation*, Turin, 2021, 163;

GARGANI, A., Individuale e collettivo nella responsabilità delle societās, in *St. sen.*, 2006, 260;

GIUNTA, F., La punizione degli enti collettivi: una novità attesa, in DE FRANCESCO, G. (ed), *La responsabilità degli enti. Un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Turin, 2001, 35. <https://doi.org/10.12871/97888684181768>;

HORDER, J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, London, 2022, 198;

LONATI, S. – BORLINI, L.S., Corporate compliance and privatization of law enforcement. A study of the Italian legislation in the light of the U.S. experience, in SØREIDE, T. – MAKINWA, A., (eds.), *Negotiated Settlements in Bribery Cases*, Cheltenham, 2020, 280. <https://doi.org/10.4337/9781788970419.00021>;

LOTTINI, R., *sub art. 8 d.lgs. 231/2001*, in PALAZZO, F.C., PALIERO, C.E., (eds.), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padua, 2007, 2320;

LUDLAM, J. – GARFIELD, H., England and Wales, in SPEHL, S., GRUETZNER, T. (eds.), *Corporate Internal Investigations*, Munchen, 2013, 260. https://doi.org/10.5771/9783845259062_124;

MACCHIAROLI, F., *L'articolo 41 della Convenzione. Danni morali e persone giuridiche: orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Documenti Giustizia*, 2000, 223. <https://doi.org/10.4081/mem.2012.144>;

MANCUSO E. M., , *Autonomia di accertamento e simultaneus processus*, in Aa. Vv., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milan, 2002, 212;

MANCUSO E. M., , Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte, in CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., (eds.), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 217;

MANCUSO E. M., Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente, in Aa.Vv. (ed.), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 1933;

MANCUSO E. M., Internal investigations in criminal proceedings: regulatory subsidiarity and new cooperative scenarios, in CENTONZE, F. – GIAVAZZI, S. (eds.), *Internal Investigations. Best practices and instances of regulation*, Turin, 2021, 253;

MANNA, A. - LASALVIA, F.P., “Le pene senza delitto”: sull'inaccettabile “truffa delle etichette”, in *Arch. pen.*, 2017/1, 23;

MILITELLO, E., *Criminal investigations on corporate liability. A comparative account on Italy and the United States*, Pisa, 2020, 159;

MUCCIARELLI, F., Il fatto illecito dell'ente e la costituzione di parte civile nel processo ex d.lgs. n. 231/2001, in *Dir pen. proc.*, 2011, 4, 431;

NICOLICCHIA, F., “Corporate internal investigations” e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2014, 783. <https://doi.org/10.12871/978886741480228>;

PALIERO, C.E., Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi *societas delinquere* (et puniri) potest, in *Corr. Giur.*, 2001, 845;

PALIERO, C.E., La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici, in PALAZZO, F.C., (ed), *Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padua, 2003, 17; <https://doi.org/10.12871/97888684181768>;

PALIERO, C.E., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1527.

PALIERO, C.E., Criminal Liability of corporations-Italy, in DE DOELDER-TIEDEMANN, *La the “administrative” label du comportement collectif, criminal liability of corporations*, Boston, 1996, 265. <https://doi.org/10.1093/he/9780198811817.003.0013>;

PRESUTTI, A. - BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milan, 2013, 3;

PULITANÒ, D., La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d'imputazione, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 420;

REGOLIOSI, C. – D'ERI, A., “Good” corporate governance and the quality of internal auditing departments in Italian listed firms. An exploratory investigation in Italian listed firms, in *J. Manag. Gov.*, 2014, 18, 891. <https://doi.org/10.1007/s10997-012-9254-1>;

ROMANO, M. La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali, in *Riv. soc.*, 2002, 398;

SANDLER NELSON, J. – PARRY, R., Protecting Employee Rights and Prosecuting Corporate Crime: A proposal for *Criminale Cumis Counsel*, in *BBLJ*, vol. 10, 1 115;

SCOLETTA, M., *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, in CANZIO, G. CERQUA, L.D., LUPARIA, L. (eds.), *Diritto penale delle società*, Padua, 2014, 861. <https://doi.org/10.12871/97888331805026>;

SPEHL, S. – GRUETZNER, N. (eds.), *Corporate Internal Investigations*, Munchen, 2013;

VARRASO, G., Un utile “approfondimento” della Suprema corte in tema di misure cautelari interdittive e condotte riparatorie nel d.lgs. n. 231 del 2001 in *Cass. pen.*, 2016, 3403;

VINCIGUERRA, S., Quale specie di illecito?, in VINCIGUERRA, S., CERESA GASTALDO, M., ROSSI, A. (a cura di), *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d. lgs. n. 231/01)*, Padua, 2004, 199;

WELLS., C., *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford, 2001, 97.

Authorship information

Marco Alessandro Bartolucci. Post-doctoral Research Fellow. Università degli studi di Torino, Torino, Italia. PhD in Law. marcoalexandrobartolucci@unito.it

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.

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: 19/03/2023
- Desk review and plagiarism check: 25/03/2023
- Review 1: 23/04/2023
- Review 2: 04/05/2023
- Review 3: 04/05/2023
- Preliminary editorial decision 1: 24/05/2023
- Correction round return 1: 04/06/2023
- Preliminary editorial decision 2 and transfer to V9N3: 16/06/2023
- Correction round return 2: 02/08/2023
- Final editorial decision: 11/08/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (AMNP)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BARTOLUCCI, Marco Alessandro. Internal investigations in the trial of corporations in Italy: the practical implication of their admissibility for trial purposes. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1175-1210, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.827>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory


Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros


*Thinking about the quality of adjudication of facts: a model
of improvement based on “learning from errors”*

Fernando Braga Damasceno¹

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Brasília, DF, Brasil

fernando-braga@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9489087695696684>

 <https://orcid.org/0000-0002-8690-3440>

RESUMO: As consequências trágicas de uma condenação criminal errônea impõem a adoção de mecanismos de prevenção de sua recorrência, não sendo admissível que se despreze o conhecimento desenvolvido no âmbito da chamada ciência da prevenção ou ciência da segurança (*Safety Science*), que há muito busca o melhor caminho que uma dada organização deve seguir para reduzir o risco de resultados trágicos em sua operação. No presente artigo, que se volta a perquirir sobre qual seria o modelo de tutela contra o erro que deveria ser adotado pelos gestores e gestoras do próprio Poder Judiciário, aborda-se justamente o conhecimento teórico relacionado à prevenção de incidentes trágicos, dando-se especial destaque à defesa de uma abordagem “amigável” dos erros, inevitável à compreensão de seu complexo causal e à contenção de sua recorrência. A partir daí, defende-se um modelo de aprendizado

¹ Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998), mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2005) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2023). Atualmente é professor integrante do quadro permanente da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e desembargador federal - Tribunal Regional Federal da 5ª Região, atuando principalmente nos seguintes temas: prova penal, formação de juízes, processo penal, investigação criminal e tribunal do júri.

organizacional com base na análise de casos de erros judiciários, indispensável à evolução do Sistema de Justiça, conjugando os reclames da ciência da segurança, os princípios da inovação judicial responsável e as normas que disciplinam a tomada de decisão penal, sobretudo acerca da *quaestio facti*.

PALAVRAS-CHAVE: Erro Judiciário; Valoração da Prova; Aprendizado organizacional. Aprendizagem baseada em erros; Inovação Judicial.

ABSTRACT: *The tragic consequences of a wrongful conviction require the adoption of mechanisms to prevent its recurrence, and it is not acceptable to disregard the knowledge developed by the safety science, which has long searched for the best path that a given organization should follow to reduce the risk of tragic results in its operation. This article – which seeks to answer the question of which model of protection against error should be adopted by the Judiciary itself – deals precisely with the theoretical knowledge related to the prevention of tragic incidents, with special emphasis on the defense of a friendly approach to errors, which is inevitable to understand their causal complex and to contain their recurrence. From there, a model of organizational learning based on the analysis of cases of judicial errors, indispensable for the evolution of the Justice System, is drawn, which is done from the combination of the claims of safety science, the principles of responsible judicial innovation and the rules that discipline criminal decision-making, especially the facts adjudication.*

KEYWORDS: *Wrongful Convictions; Evaluation of Evidence; Organizational Learning; Error-based learning; Judicial Innovation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1) O erro judiciário e sua cifra oculta; 2) A experiência dos países de Common Law: um sistema voltado à descoberta de erros e um cadastro oficial de condenações errôneas; 3) As bases para um «aprendizado com erros»; 4) Por um «laboratório de prevenção de erros judiciários» no âmbito do próprio Poder Judiciário; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

É inevitável reconhecer que determinadas inovações tecnológicas – como os exames de DNA, os sistemas de videovigilância e de

georreferenciamento – propiciam um incremento de segurança ou de confiabilidade no conhecimento sobre um determinado fato do passado quando comparado àquele viabilizado pelos meios tradicionalmente empregados nos processos judiciais, de sorte que o uso das mesmas na demonstração o erro de um decreto condenatório pode evitar o “dito pelo não dito”, impasse comum na grande maioria dos casos de revisão criminal, que durante, muito tempo, só era superado em situações raríssimas, como o caso da “vítima” de homicídio que reaparecia viva na região² ou do indivíduo que, no leito de morte, confessava a autoria de crime e revelava alguma informação que só o próprio criminoso poderia saber³.

O emprego dessas tecnologias, assim, além de ter a aptidão para gerar um resultado imediato – a exposição do erro e a correção da injustiça decorrente –, termina por viabilizar a formação de uma amostra que parece não estar contaminada por qualquer fator relacionado a uma peculiar capacidade de enganar da prova que conduziu às condenações errôneas ou por qualquer outro que tornasse mais factível o erro e que, por isso, se candidata a representar o total das condenações de um dado sistema de justiça. De fato, não parece haver uma razão concreta que indique que, no conjunto total de condenações (ou de prisões processuais),

² Caso Irmãos Naves (DOTTI, Renê Ariel. O caso dos irmãos Naves. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 8/1994, p. 184 – 197. 1994).

³ Caso Mota Coqueiro ou da Fera de Macabu: (MARCHI. Carlos. *Fera de Macabu: a história e o romance de um condenado à morte*. Rio de Janeiro: Record, 1998). Luís Francisco Carvalho Filho defende que a tal confissão no leito de morte pelo verdadeiro assassino não passou de uma ficção, o que não deixa de reforçar a ideia de que se exige algum elemento concreto e determinante para que se possa dizer que se está diante de um caso de erro. Segundo o autor, “Em dezembro de 1877, José do Patrocínio (nascido em Campos, assim como Coqueiro) começa a publicar, em capítulos, no jornal Gazeta de Notícias, um folhetim sobre a tragédia. A narrativa é melodramática, empolada. Além de criar diálogos inspirados nos rumores direcionados para a atribuição da culpa a Úrsula das Virgens, conta que duas décadas depois, um caboclo chamado Herculano, no leito de morte, confessaria ao próprio filho a autoria dos assassinatos que levou Coqueiro à forca, isentando-o de qualquer responsabilidade: ‘é um segredo de minha vida que desejo que tu espalhes por toda a parte apenas eu morra’. O tal Herculano nunca existiu ou, pelo menos, dele nunca se encontrou um rastro qualquer, mas a confissão do caboclo e o livro de Patrocínio se firmaram como referência histórica.” CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mota Coqueiro: O Erro em Torno do Erro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33/2001, p. 261 – 274, jan - Mar / 2001, p. 261.

a prevalência de condições que incrementariam o risco de erro dá-se numa proporção menor que na referida amostra, já que a formação desta decorre de um fator aleatório, desconectado dessa ideia de má-qualidade da prova que levou à condenação: justamente a disponibilidade de um elemento ou vestígio que, mediante o uso da nova tecnologia, termina por expor o erro⁴.

Essa verdadeira revolução na identificação de erros judiciários e os resultados que já vem propiciando justificam uma preocupação com a qualidade do Sistema de Justiça Criminal, em especial ao risco de erro que se associa à cada julgamento, fazendo emergir um *problema* digno de uma trabalho científico, que pode ser assim ementado: *o que se deveria fazer para prevenir⁵ a recorrência de casos de erros judiciários?* Ou, de modo

⁴ Os casos a seguir ilustram o que seriam boas demonstrações de erros obtidas com a ajuda dessas novas tecnologias: a) a condenação do acusado por estupro com base no reconhecimento da vítima, posteriormente confrontada com um exame técnico da imagem do próprio estuprador quando deixava a cena do crime, captada por sistema de videovigilância, que demonstra que o condenado seria, pelo menos, 25 cm mais baixo que o criminoso; b) decisão que estabelece, com base no depoimento de dois policiais militares, que o acusado transportava em seu carro um tablete com 800 gramas de maconha, posteriormente confrontada com um vídeo gravado por um sistema de segurança de um condomínio próximo ao local da abordagem, donde se vê um dos policiais colocando um volume equivalente no carro do acusado; c) a condenação de um indivíduo pela prática de roubo e estupro (perpetrados num mesmo contexto) com base no reconhecimento feito pela vítima e no depoimento do sujeito que, apanhado com todos os bens subtraídos, afirmou que os adquiriu do acusado, posteriormente confrontada com um laudo de DNA, que atesta que o material biológico encontrado na cena do crime (colcha da cama em que se deu o crime sexual) proveio justamente deste que foi considerado pela justiça apenas o receptor. Em todos eles, o reconhecimento do erro teve uma origem comum: a disponibilidade de determinados elementos de prova que (analisados com a ajuda de novas tecnologias) foram capazes de fazer prevalecer a hipótese oposta àquela defendida pelo acusador e acolhida pelo Judiciário.

⁵ Isso porque se pressupõe que o resultado de cada operação do Sistema de Justiça comporta o predicado “errôneo”, já que há que se admitir possível, ao menos na generalidade dos casos, a verificação objetiva (ou intersubjetiva) da ausência de seus requisitos materiais, ou seja, do descumprimento dos critérios objetivos legitimadores. Aliás, esse marco é (um paradoxo) essencial a um Estado de Direito: *the “king” can do wrong*. Admitir a falibilidade de qualquer agente da autoridade estatal e adotar medidas voltadas ao reconhecimento, à correção e também à prevenção de erros certamente está implícito na essência de uma ordem democrática.

mais estreito, qual modelo de tutela contra o erro deveria ser adotado pelos gestores e gestoras do próprio Poder Judiciário?

A hipótese que será testada nesse trabalho é a de que *a adoção de um modelo de aprendizado organizacional com base na análise dos casos de erro, defendido pela chamada Ciência da Segurança (ou da prevenção) – Safety Science –*, mostra-se adequado e necessário à redução da recorrência de erros.

O caminho a ser trilhado consiste em pesquisa na bibliografia nacional e estrangeira que se dedica a perquirir sobre a devida abordagem dos resultados trágicos de organizações e/ou sistemas (como os acidentes aeroviários), com a finalidade de propiciar uma base teórica indispensável a uma reflexão sobre a utilização dos próprios casos de erro como recurso indispensável a um aprendizado e evolução organizacional.

Como arremate, recorrer-se-á aos princípios da inovação judicial e às exigências para a decisão fático-probatória, com vistas a rascunhar um modelo de aprendizado adequado ao Judiciário brasileiro.

1) O ERRO JUDICIÁRIO E SUA CIFRA OCULTA

O termo «erro judiciário» padece uma grave imprecisão; aliás, o próprio vocábulo “erro” pode querer dizer coisas distintas: em inglês, “*mistake*” é mais utilizado para se referir ao desrespeito a determinado padrão ou standard que regula uma determinada ação ou procedimento; “*failure*” está mais relacionado à ideia de falha no resultado de uma organização, atividade ou sistema, como a não consecução de um determinado objetivo⁶; no Brasil, “erro” termina podendo significar as duas coisas.

Daí porque se utilizará «erro decisório» ou «erro na valoração da prova»⁷, para se fazer referência a essa primeira acepção, ou seja, para

⁶ VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That’s How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds.). *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer. 2020, p. 3 e ss.

⁷ Jordi Ferrer o chama de “erro inferencial” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para uma teoría sobre los estándares de prueba. *El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*. In: PAPAYANNIS, Diego et al. (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 419.), mas o termo não é o melhor, já que o julgador pode violar o modelo já

referir-se ao descumprimento de critérios que condicionam a tomada de decisão; «erro judiciário» será empregado numa acepção mais abrangente, para se referir ao resultado, significando a falha no cumprimento da finalidade do Sistema (*failure*), quer decorra do desrespeito dos critérios decisórios (ou do modelo teórico que limita a liberdade decisória), quer da imperfeição do próprio modelo teórico, ou seja, «erro judiciário» aqui equivalerá ao erro substancial: «falso positivo» – condenação de alguém inocente – ou «falso negativo» – absolvição de alguém culpado.

Nosso ordenamento admite referida distinção ao instituir dois controles sobre erros: i) mediante uma nova reconstrução dos fatos, a partir de um quadro probatório diverso, que possa levar a um resultado mais seguro e, conseqüentemente, revelar o «erro judiciário», ou seja, a uma demonstração de que a proposição que se considerou provada não corresponde com a realidade empírica (621, III, do Código de Processo Penal); ou ii) mediante uma reavaliação do próprio conjunto probatório utilizado na primeira reconstrução, com vistas a detectar o «erro na valoração da prova» (CPP - 621, I, parte final).

Perceba-se que, ao contrário da ideia de «erro judiciário» (ou erro substancial), o «erro decisório» ou «erro na valoração da prova»

na mera percepção da prova/admissão do enunciado evidencial, como registra Malem Seña (et. al): “*Una vez admitida la prueba, el juez ha de conocer cuál es el contenido del material probatorio. Aquí el juzgador puede cometer errores en la observación y en la percepción del material probatorio. Los errores en la percepción y la observación de los jueces pueden afectar a todo tipo de pruebas y no resultan inhabituales en la práctica forense. Su efecto más notorio es que los jueces desconocen el contenido informativo de las pruebas que practican y, por lo tanto, no pueden valorarlo adecuadamente. Las causas de tales equivocaciones son múltiples y de una naturaleza muy variada. Se pueden deber a alteraciones físicas o síquicas del observador, a sus prejuicios ideológicos, a su experiencia, su conocimiento o su cultura, o a la naturaleza excepcional del objeto observado, entre otras.*.” (MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: F.C.J.E, 2009, p. 20-21). “*Desde el punto de vista material, la prueba no puede ser arbitraria, irracional o absurda. Lo es cuando los hechos de los cuales se parte no están debidamente acreditados [o los enunciados que a ellos se refieren son falsos] o cuando no existe una vinculación sostenible entre dichos hechos y aquellos que se presumen probados, ya sea porque violan las reglas de la lógica o de la experiencia científica o corriente, o bien por que las conclusiones del razonamiento en su conjunto son contradictorias o absurdas.*” (Ibidem, p. 21-22).

reclama um conceito que dê operatividade a um sistema de controle, isso porque, embora no plano teórico se possa afirmar que o erro (*mis-take*) corresponde o descompasso entre aquilo que foi realizado e a ação esperada de acordo com um determinado padrão ou critério concebido abstratamente⁸, faz-se necessário conferir ao juízo fático-probatório uma espécie de estabilidade, mediante uma espécie de margem de tolerância⁹, a ser respeitada pelo órgão revisor (ou controlador), isso porque um controle sobre o «erro decisório», para apresentar alguma efetividade, precisa mesmo ser restrito; do contrário, a instância controladora se con-volaria numa terceira instância recursal e as preocupações relacionadas à qualidade da decisão apenas mudariam de lugar.

Daí que, mesmo que se consiga detectar e corrigir os erros decisó-rios mais graves, aos quais (a princípio) se associa um maior risco de erro substancial¹⁰, não se pode considerar que o remanescente (aquilo que não pôde ser detectado e corrigido) formaria cifra desprezível, notadamente

⁸ “*En un sentido amplio se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes*”. (MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa. 2008. p. 101).

⁹ Essa ideia de margem de tolerância enquanto ajuste pragmático vem da Metrologia, que assume a impossibilidade de se aferir o valor verdadeiro de uma determinada grandeza física e passa a trabalhar com a ideia de aferição da “incerteza” e indicação do “erro limite”, desenvolvendo-se uma teoria do erro, que tem por objetivos: “determinar a melhor aproximação possível para o valor verdadeiro, em termos probabilísticos” e “obter a incerteza no melhor valor obtido, o que significa determinar quanto este melhor valor pode ser diferente do valor verdadeiro (...)”. VUOLO, José Henrique. *Fundamentos da teoria dos erros*. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2005, p. 54.

¹⁰ A definição dessa margem de tolerância deveria a princípio contemplar a ideia do risco de erro (falha) associado, ou seja, na medida do possível, o critério de definição do «erro autorizador da revisão» deveria separar aqueles que erros de valoração que carregam maior risco (de erro substancial) associado; mas deve-se considerar também que razões de ordem pragmática, como o grau de objetividade com que se demonstra a ocorrência do erro, podem ser levadas em consideração, parecendo certo não haver necessariamente uma relação direta entre o risco de erro que carrega uma determinada «valoração da prova exaurida» e o quão perceptível é o erro (decisório) que nela se cometeu.

porque o próprio sistema de controle (sobre erros) tende a se concretizar de uma forma ainda mais estreita que o seu desenho teórico.¹¹

É certo que aquele controle que dispensa a imputação de um erro decisório indiretamente propicia a correção daqueles erros decorrentes de uma valoração da prova inadequada não passíveis do controle específico; todavia, como referida via depende da disponibilidade de novos elementos de prova (e/ou de novas tecnologias para sua significação), algo aleatório e ainda raro, notadamente no Brasil¹², não há como projetar um impacto significativo no conjunto dos erros judiciários não detectados.

Assim, contentar-se com os controles disponíveis e seguir, escondendo-se atrás de uma suposta insignificância do número de erros judiciários reconhecidos equivale a tapar o sol com a peneira, esquivando-se

¹¹ A assim chamada jurisprudência defensiva que pode ser representado pelo trecho: “[...] se deve qualificar como contrária à evidência dos autos decisão inteiramente despojada de lastro probatório; é dizer: desse conceito - necessariamente estrito para que se não dilatem incurialmente as fronteiras da província revisional, com indesejáveis reflexos desestabilizadores sobre os domínios da coisa julgada - estão excluídas as decisões, que expressem convicção plasmada por interpretação razoável de concordantes fragmentos do mosaico probatório (...) em síntese: no plano da ação revisional, ‘sentença contrária à evidência dos autos’ equivale à absurda condenação daquele a quem as provas cabalmente inocentavam; é axiomático que desse gênero não participam as sentenças condenatórias fundadas em prova, que alguns juízes consideram suficiente e outros, não” (Rev. TACrimSP 334.348/1). No mesmo sentido, o STF, por sua 2.^a T., que “Não se pode dizer, face ao princípio do livre convencimento do julgador, que uma decisão, cuja conclusão tem apoio num elemento de prova, contraria a evidência dos autos. Somente há decisão contrária à evidência dos autos, quando a mesma não tem fundamento em nenhuma prova colhida no processo”. (HC 55.790, votação unânime, relator o eminente Min. Cordeiro Guerra, Revista Trimestral de Jurisprudência 86/442).

¹² No Brasil, o recurso ao DNA é praticamente nulo, bastando olhar para o resultado da pesquisa conduzida por HADDAD, que não encontrou um caso de uso do DNA em revisões criminais no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, um dos maiores e situado num dos estados mais desenvolvidos do Brasil. Segundo o professor, “Para se ter ideia do nível de emprego do teste de DNA pós-condenação, em nenhuma das 4.643 revisões criminais ajuizadas houve a utilização da tecnologia, na tentativa de inocentar o sentenciado.” HADDAD, Carlos H. B. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 187/2022. p. 95 – 120. 2022, p. 103.

da aferição da qualidade do Sistema de Justiça, em especial, do sistema de valoração da prova, tanto em sua idealização como em sua concretização na praxe judicial.

Daí porque não se pode olvidar que os erros judiciários detectados por ambas as vias fornecem um bom indicativo da ínfima proporção dos chamados erros inevitáveis, ou seja, daqueles que são inerentes ao próprio desenho teórico assumido pelo Sistema de Justiça.

Nesse sentido, o estudo que Brandon Garrett fez dos (até então) 250 casos de condenações errôneas reconhecidas a partir da atuação do *Innocence Project* americano¹³, que autoriza concluir que em sua quase totalidade decorreram de graves erros na valoração da prova; evitáveis, portanto, o que deve ser tomado como um alerta para as pessoas responsáveis pela qualidade do Sistema de Justiça Criminal brasileiro¹⁴, isso porque já se demonstrou que júri americano decide com uma acurácia semelhante à do/a juiz/a profissional¹⁵, e seria demasiado ingênuo (e irresponsável) considerar que o/a juiz/a brasileiro/a julga melhor que o/a juiz/a americano/a.

Ademais, a casuística brasileira, embora pequena, revela que a inadequada valoração da prova foi a causa das condenações errôneas detectadas e corrigidas, o que decorreu de um atraso no conhecimento de mundo relacionado à significação da prova do reconhecimento de

¹³ GARRETT, Brandon. *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

¹⁴ Nesse sentido: “[...] no contexto brasileiro, ainda que seja necessário realizar o diagnóstico global, os indicadores apresentados no ambiente americano podem servir de base ao entendimento sobre os disparates das propostas de enfrentamento dos erros judiciais, além de proporcionar elementos hábeis dos problemas decorrentes do mecanismo processual ... O esforço é o de compreensão dos pontos fracos e de enfrentar a temática no âmbito nacional.”. CANI, Luiz Eduardo; ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal*. Florianópolis: Emais Editora, 2022, p. 146.

¹⁵ “Research that has been done to date demonstrates some differences, but shows striking similarities in the decisionmaking of judges and jurors. While there appear to be some differences in outcomes under some circumstances, judges and jurors generally appear to be influenced by similar factors and suffer from many of the same difficulties in making their decisions.” ROBBENLOT, Jennifer K. Evaluating Juries by Comparison to Judges: A Benchmark for Judging?. *Florida State University Law Review*, v. 32, p. 469-509, 2005, p. 509.

peças (o Caso Israel¹⁶ e os Casos Antônio, Robert, Igor e Sílvio¹⁷), não havendo qualquer razão que autorize admitir que o/a juiz/a brasileiro/a apenas não saberia valorar a prova de reconhecimento de pessoas, mas saberia valorar as demais espécies, que trazem associadas diversas fontes de erro já mapeadas.

Assim, se se quer um dimensionamento seguro da até agora desconhecida (e subestimada) cifra oculta, ou seja, dos casos de erro judiciário não detectados pelo sistema de controle, não há outro caminho senão a realização de uma séria abordagem dos casos de erro. Basta pensar no estudo feito por Samuel Gross, que fornece indicativos seguros para admitir que, nos Estados Unidos, cifra oculta é pelo menos nove vezes maior que a dos erros reconhecidos¹⁸, ou seja, sequer 10% dos erros são

¹⁶ Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/pela-1-vez-justica-refaz-julgamento-de-presos-com-base-em-banco-de-dna.html> Acesso em 24 jan. 2023.

¹⁷ Os demais casos decorreram de atuação do Innocence Project Brasil. Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/nossos-casos>. Acesso em 23 fev. 2023.

¹⁸ Um dado revelador é que, nos casos de condenados a pena de morte, há proporcionalmente 9 vezes mais reversões de condenações injustas (*post conviction exonerations*) que em relação às demais condenações: “*At the center are rape and murder. The exonerations we have identified are primarily murder and rape cases. But there are rape and murder exonerations we don't know about – perhaps a majority – and there are many other innocent rape and murder defendants who have not been exonerated. Death sentences, for example, produce exonerations at nine times the rate for all homicide convictions. Could it be that death sentenced prisoners are nine times more likely to be innocent than all convicted homicide defendants? If the error rate for death sentences and other homicide cases are similar, that must mean that 90% or more of false convictions in ordinary homicide cases are never detected – or if they are, that we don't know about them. The next circle out from rape and murder convictions includes other very serious crimes of violence. We have found a substantial number of exonerations in such cases, mostly for robbery, but they only highlight the larger number of false convictions that we have missed. For example, as we mentioned, there is every reason to believe that several times more defendants are falsely convicted of robbery than of rape, but without an equivalent to DNA evidence for robbery cases, only a tiny fraction are exonerated.*” *Out beyond murder, rape and robbery, our ignorance deepens further. Felonious assault cases, for example, account for nearly half of all violent felony convictions in the United States, but just over 1% of known exonerations (11/873). Is this because wrongful convictions are much less common for assault than for more serious crimes? Or is it because, in the absence of DNA evidence, innocence is extremely difficult to prove? Or because*

detectados. Daí, se se considera que na realidade americana os caminhos para o reconhecimento de erros judiciários apresentam-se mais largos (como se verá mais detidamente adiante), não há por que pensar que a *cifra oculta brasileira* seja menor que isso, senão o contrário¹⁹.

Aliás, deve-se sempre ter em mente que a ausência de muitos casos de erros reconhecidos não é indicativo algum de que as coisas andam bem²⁰, já que não se pode poder de vista associação direta entre os chamados “erros latentes” e as “baixas defesas”²¹.

*sentences for assault are comparatively short, so there is less time to secure the defendants' release and less incentive to try? Or because the assault exonerations that occur are not widely reported? Or is it a combination of these reasons and perhaps others? We don't know.”. GROSS, Samuel R; SHAFFER, M. *Exonerations in the United States, 1989-2012: Report by the National Registry of Exonerations*. The National Registry of Exonerations, 2012, p. 15-16.*

¹⁹ Não se desconhece que nos países de Common Law, a abertura do Judiciário à revisão de casos se restringe mais à pretensão de se estabelecer a inocência após a condenação, sendo mais recentes aqueles voltados a demonstrar que a culpa não foi estabelecida de maneira confiável. Confira-se: “[...] early studies ere concerned primarily with cases where innocence had been positively established following conviction; some more recents analyses have not required positive proof of innocence but have treated miscarriages of justice as also encompassing cases ehre guilt cannot be taken to be reliably established.”. (LEVERICK, F.; CHALMERS, J. Causes of wrongful conviction. In: CHALMERS, J., LEVERICK, F.; Shaw, A. (eds.). *Post-Corroboraton Safeguards Review Report of the Academic Expert Group*. The Scottish Government, Edinburgh, pp. 30-43, 2014, p. 30). No Brasil, embora no plano normativo o plano pareça contemplar mais vias, termina-se por se concretizar uma abertura tão ou mais estreita que a viabilizada pelo do Judiciário americano, conforme já abordado no item III.

²⁰ A propósito, “[...] the absence of known accidents is not proof of safety. The absence of exonerations is not proof that the system has not generated wrongful convictions and will not generate more”. (DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. *The Wrongful Conviction Law Review*, p. 253-269. 2020, p. 257). Todavia, ainda há que associe o baixo número de erros reconhecidos com a qualidade do sistema de justiça, v. g. “[...] os contínuos pedidos de revisão contra a maioria das decisões dariam a impressão de que os erros judiciários são coisa habitual, quando ao contrário, como observam Borsani e Casorati, devem ser considerados evento extraordinário e excepcional.”. FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Revisão criminal de seu âmbito no direito pátrio – inteligência da locução “sentença condenatória contrária à evidência dos autos”. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, vol. 5, p. 965 – 977, São Paulo, 2012, p. 974.

²¹ Vanderheiden et. al. diferencia os “erros ativos” dos “erros latentes”, associando este último à ausência de defesas (medidas preventivas), registrando,

2) A EXPERIÊNCIA DOS PAÍSES DE COMMON LAW: UM SISTEMA VOLTADO À DESCOBERTA DE ERROS E UM CADASTRO OFICIAL DE CONDENAÇÕES ERRÔNEAS

A otimização dos mecanismos de controle sobre erros — quer aquele com base na demonstração de erro na valoração da prova, quer aquele que se dá mediante a proposta de uma nova reconstrução dos fatos —, não só propiciaria melhores resultados diretos — a correção do erro e a contenção e/ou reparação do dano decorrente —, como também poderia reforçar um modelo de aprendizado com o erro, parecendo óbvio que, quanto mais erros detectados, mais informações relevantes (sobre os fatores que contribuíram para aquele resultado) serão obtidas; ou seja, tanto se reduzirá a cifra oculta como se formará uma amostra com mais capacidade para melhor retratá-la e, conseqüentemente, de viabilizar um caminho para sua redução.

A elevada importância daquilo que configuraria um (sub) sistema voltado à descoberta e comprovação de erros autoriza concluir que próprio Estado deveria assumir os serviços inerentes, sem prejuízo da participação da sociedade civil organizada, através dos “projetos inocência”, que sem dúvidas prestam um excelente serviço e efetivamente contribuem para melhores resultados desse (sub) sistema.²²

ainda, suas conseqüências danosas. *In verbis*: “[...] an important difference between active and latent errors. Latent errors are associated with weak or omitted organisational defences and are related to management decisions, security procedures, organisational structure and cultural factors: [The] harmful consequences [of latent events] can rest for a long time (...).” (VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. *There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources*. In: VANDERHEIDEN, E.; MAYER, CH. (eds.). *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer, 2020, p. 8 - 9). Vale registrar, então, que aqui no Brasil, à exceção da instalação, no âmbito do CNJ, de um grupo de trabalho para cuidar especificamente da prova de reconhecimento de pessoas, não se colocou em prática nenhuma outra “medida defensiva” direcionada à prevenção do erro judiciário.

²² É que, nesse ponto, vale o alerta de Emily Hughes, que aborda a situação do indivíduo legalmente ou (apenas) presumidamente inocente — que seria aquele que foi condenado injustamente por um crime, por meio de uma violação da ordem normativa, mas que não consegue demonstrar ser genuinamente inocente; ressaltando que os “projetos inocência” americanos têm

Assim, quer porque a identificação e correção do erro, apenas pela sua repercussão imediata, já se mostra demasiado relevante, quer porque o Sistema de Justiça, para evoluir, precisa dessa matéria-prima preciosa, deveria o Estado brasileiro seguir a experiência estrangeira e instituir órgãos ou comissões voltadas ao reconhecimento de erros, o que poderia ocorrer no âmbito da defensoria pública, das procuradorias públicas e/ou em órgãos ligados à defesa dos direitos humanos.

Nesse sentido, vale registrar a experiência norte-americana com as chamadas *Conviction Integrity Units*, as quais são divisões específicas das promotorias, dedicadas exclusivamente a identificação, correção e prevenção de condenações errôneas²³, o que se justifica porque, embora fosse possível enxergar o/a promotor/a (do caso passível de revisão) como legitimado/a e obrigado/a a adotar medidas voltadas à descoberta de erros e sua correção, seriam inúmeras as razões que contraindicariam um modelo centralizado na pessoa do/a acusador/a²⁴.

tradicionalmente se concentrado em réus com alguma comprovação de sua inocência genuína, enquanto aqueles apenas “legalmente” inocentes têm sido, até certo ponto, negligenciados ou “desvalorizados.”. HUGHES, Emily. Innocence Unmodified. *North Carolina Law Review*, v. 89, 2011, p. 1083.

²³ “A Conviction Integrity Unit (CIU) is a division of a prosecutorial office that works to prevent, identify, and remedy false convictions. They are sometimes called Conviction Review Units (CRUs). Several Conviction Integrity Units have accomplished a great deal in a short period of time, and there has certainly been an uptick in the number of offices that claim to have formed CIUs. It is still too soon to know whether this trend will produce a change in the way prosecutors operate generally. For more information on the history of CIUs, please see the annual report excerpts linked below”. Disponível em: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Conviction-Integrity-Units.aspx> Acesso em 23 fev. 2023.

²⁴ Nesse sentido, Ginsburg e Hunt, que entendem que o promotor tem a obrigação de apoiar a reabertura de um caso para remediar uma condenação injusta, mas mencionam o que denominam de “desincentivos institucionais”, que reduzem as chances desse atuar imparcial em relação a uma reclamações pós-condenação, como a limitação de recursos financeiros, de tempo, preocupações políticas, como o receio de perderem a confiança do público, além dos vieses cognitivos. (GINSBURG, Douglas H.; HUNT, Hyland. The prosecutor and post-conviction claims of innocence: DNA and beyond?, *Ohio. ST. J. Crim. L.*, 771, 2010, p. 414.). Luparia tanto destaca a necessidade de que o próprio Estado se engaje na identificação e correção de erros, como endossa as razões que contraindicam que essa tarefa fique sob o encargo do promotor de justiça do caso, *verbis*: “This observation leads us to the second aspect of

Há diversas outras experiências do que se poderia chamar de um «sistema voltado à descoberta de erros» na Inglaterra, Canadá, Escócia, Austrália.²⁵ Na Noruega, por exemplo, a Comissão de Revisão de Casos Criminais (*Norwegian Criminal Cases Review Commission – NCCRC*), inspirada nos exemplos inglês e escocês, é um órgão independente, com orçamento próprio, dotado de corpo próprio de investigadores/ras e peritos/as e de poderes de requisição de diligências e documentos, tendo, ademais, o poder de definir, por maioria de votos, se o caso será reaberto, ou não.²⁶

Assim, a operação desses dois (sub)sistemas de tutela contra o erro – o segundo, voltado à sua investigação ou descoberta do erro na condenação, o primeiro, voltado à desconstituição desta – geram, como uma espécie de subproduto, um conjunto de casos de erros reconhecidos pelo próprio Judiciário, como, p. ex., o banco nacional de condenações errôneas que propiciou a operação cumulada do modelo americano, o qual, desde seu início, em 1989, até 15 de setembro de 2023, já havia

the U.S. experience that should serve as an example for Italy: the judiciary needs to be involved in the process of preventing and reversing wrongful convictions. In Italy, the Prosecutor is allowed to ask for a revision process, yet this rarely occurs sua sponte. As the decrease in the number of wrongful convictions serves the purpose of justice, and not merely that of the defendant, judges and prosecutors should not consider the work of Innocence Projects as ‘disturbing’ the normal course of justice, but rather as a precious instrument to decrease the risk of judicial errors being made. LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. *Wrongful Convictions Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020, p. 120.

²⁵ Confira-se em: DUCE, Mauricio; FINDLEY, Keith A. Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 523-566, mai./ago. 2022, p. 547 e ss.; DUCE, Maurício. *Errores del sistema y condena de inocentes: nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria*. In *El modelo adversarial em Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*. El modelo adversarial en Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal. Santiago: Lagal Publishing, 2013, p. 6 e ss.

²⁶ STRIDBECK, Ulf; MAGNUSSEN, Philos Svein. Prevention of Wrongful Convictions: Norwegian Legal Safeguards and the Criminal Cases Review Commission. In *80 U. Cin. L. Rev*, v. 80, 2013, p. 8 e ss.

registrado 3.378 casos de condenações errôneas reconhecidas²⁷, que conta com um relato de cada caso, com a indicação das causas que levaram ao erro, permitindo que pesquisadores e pesquisadoras interessadas na prevenção de erros estudem-nos a fundo, parecendo claro que a ideia de evolução do Judiciário, notadamente através da estipulação de boas práticas e do treinamento dos/as agentes envolvidos/as com o Sistema de Justiça, pressupõe produção de conhecimento (científico ou seguro), o que reclama uma boa base de dados²⁸.

De fato, dada a natureza submersa das condições que geram os erros do Sistema de Justiça, os erros reconhecidos, porque permitem enxergá-las, devem assim ser considerados um verdadeiro tesouro²⁹, daí a importância do produto gerado pelo sistema de revisão americano³⁰.

²⁷ exonerationregistry.org.

²⁸ Luparia (et. al) destaca a importância do banco nacional de condenações americano: “*Accurately studying case files made it possible for them to precisely identify what mistakes were occurring, at what stage of the proceeding, with what frequency and who was responsible. Such precise knowledge has led to well-founded reform proposals, often implemented both through legislation or guidelines. Most importantly, American scholars have at their disposal an extremely powerful tool: the well re-known National Registry of Exonerations. Currently counting 2,555 exonerations since 1989, the Registry provides (to everyone and for free) accurate information on each and every exoneree’s case, with the additional possibility for practitioners to request case files. Such an enormous database enables scholars to easily obtain the information and data they need to build their own theory on the causes of wrongful convictions, to advance reform proposals and to share awareness. As a leading scholar has noted, The National Registry may be the wave of the future for the next generation of American wrongful conviction studies.*”. LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. *Wrongful Convictions Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020, p. 109).

²⁹ Assim, James Doyle: “[...] *the submerged nature of the criminal system’s danger is unsettling, but a useful converse of the Perrow maxim is that when an exoneration does make a dangerous condition visible that event can be, as patient safety pioneer Dr. Donald Berwick argued, ‘A treasure’.*” DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. *The Wrongful Conviction Law Review*, p. 253-269, 2020, p. 257 - 258.

³⁰ Mais que compreensível a crítica que Luparia faz da ausência de algo semelhante em seu país: Mais adiante, queixa-se da ausência de algo equivalente na Itália: “*The brief summary of probable causes for wrongful convictions we have provided might lead the reader to believe that, as it has been done in the U.S., Italian scholars have had the opportunity of accessing case files and analyzing*

3) AS BASES PARA UM «APRENDIZADO COM ERROS»

Ainda que se reconheça o avanço na adoção de um sistema voltado à descoberta/comprovação de erros, este parece insuficiente para propiciar a máxima aproximação entre o Sistema idealizado e a sua concretização na praxe. É que:

a) como já dito há pouco, a própria natureza do sistema de revisão impõe seu estreitamento, posto que se for demasiado aberto, o problema relacionado à qualidade apenas mudaria de “lugar”;

b) o próprio sistema de revisão pode apresentar os mesmos (ou até maiores) problemas que o sistema de valoração, ou seja, por mais que se invista num sistema de investigação e comprovação de erros, haverá revisões acolhidas, onde genuinamente culpados serão (falsamente) declarados inocentes, e revisões recusadas, onde os inocentes permanecerão rotulados como culpados.

Não se quer aqui desprestigiar o trabalho voltado à demonstração de erros/falhas do Sistema — eles são simplesmente imprescindíveis — o

*previous cases of wrongful convictions, in order to gain a precise knowledge of past mistakes, the trial stage in which they occurred and their frequency. Once again, reality is quite different from imagination. As it has already been noted, the Italian system does not provide accurate statistics or research concerning wrongful convictions, despite having had to face many ‘infamous’ instances of such a phenomenon in the past. The Ministry of Justice is not bound nor is spontaneously required to publish any official data concerning wrongful conviction cases, let alone disclose the original case materials in order for scholars to study them in the context of a case-by-case analysis. This means that besides cases in which lawyers (or exonerees) themselves have shared the facts and files of ‘their’ wrongful conviction, Italian scholars have few possibilities of identifying with sufficient certainty both the legal and the root causes of the ‘Italian miscarriage of justice’. We don’t know the percentage of cases in which identification procedures were conducted in an informal way; we don’t know how often police officials and forensic experts contaminate evidence; we don’t know in how many cases the official transcribing of interceptions had no expertise in psycholinguistics; we don’t know in how many cases the defendant was subject to undue pressure while questioned; we have no clue of the number of cases in which penitentiary declarations were not corroborated by other evidence. Worse of all, we don’t know if there are other causes specific to the Italian system, absent in other countries, that might explain our escalating figures of wrongful convictions”. LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. *Wrongful Convictions Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020, p. 118-119.*

que se quer dizer aqui é que a esse sistema de revisão de erros *deve ser seguido de um trabalho voltado ao aprendizado e à evolução*, o qual, por sua vez, reivindicaria uma abordagem amigável do erro; o que, segundo já firmado pela chamada “Ciência da segurança” ou “Ciência da prevenção” (*Safety Science*), é indispensável para aproveitar o seu lado positivo.

Afinal, como defendem aqueles/as que se dedicam ao estudo da prevenção de erros³¹, deve-se partir da ideia de que estes não são consequências, mas causas; de que eles têm uma história, o que faz com que a descoberta do erro não seja vista como um fim, mas apenas o começo. Somente compreendendo as circunstâncias de um erro é que uma organização pode considerar prevenir sua recorrência.

É certo que as falhas em uma determinada organização não podem ser simplesmente vistas como aleatórias nem incontroláveis, mas daí não decorre que sempre haverá um indivíduo (ou de um grupo delimitado) responsável. Se se resume a atribuir a culpa a uma pessoa, perder-se-á a oportunidade de plena compreensão e aprendizado, daí porque não se deve priorizar uma abordagem preocupada em culpar, responsabilizar e punir seus eventuais causadores.³²

³¹ A ideia de prevenção de erros se insere numa maior: a de gerenciamento de erros, que envolve a prevenção no sentido estrito, a contenção dos efeitos dos erros e a eliminação ou reparação dos danos gerados: “*Error management is ... as a meaningful approach to an error with the goal: - to avoid further errors or mistakes, - that the negative effects of errors do not arise, and - the consequences of errors can be quickly eliminated. Amini and Mortazavi (2013) consider error management to be critical, observing that error prevention also potentially stops certain long-term positive effects of inevitable errors. These authors note that scientific understanding of the negative effects of errors is much better developed than that of the possible positive effects of errors. As a result, most of the research has been devoted to the concept of error avoidance in an attempt to prevent erroneous actions as far as possible. Amini and Mortazavi (2013, p. 1) advocate a greater focus on the potential long-term positive consequences of errors such as learning, innovation and resilience, even if these are less obvious.*” VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. *There Is a Crack in Everything. That’s How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources*. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer. 2020. p. 18.

³² TAMASCELLI, Nicola; PALTRINIERI, Nicola; COZZANI, Valerio. *Learning From Major Accidents: A Meta-Learning Perspective*. *Safety Science*. 158. 2023. p. 5.

Tirar bom proveito dos erros requer, inicialmente, uma mudança de postura em relação ao mesmo. De uma cultura do perfeccionismo, onde as ideias de erro, culpa, vergonha³³ estariam imbricadas, deve-se seguir a uma abordagem mais positiva (ou mais amigável³⁴) do erro.

³³ “Several scientific approaches have affirmed that a positive and constructive viewpoint can change negative and challenging experiences (Seligman and Csikszentimihalyi 2000), such as mistakes, errors and failures. In order to deal constructively with mistakes, errors and failure from the perspective of positive and optimal functioning, it is crucial to overcome a destructive culture of error and transform it in favor of a constructive culture of error. Characteristic elements of a destructive error culture would be, for example, a threat or guilt culture (Löber 2012, pp. 232–238). Shame and shaming can also potentially be a component of this destructive culture of error if it is closely linked to fear and insecurity, misused as an instrument of power or not consciously used and perceived as a resource (Mayer et al. 2019). In order to use mistakes, errors and potential failure as a resource, a positive error culture is necessary and decisive. Important elements of such a culture can be a sense of security and support for learning from mistakes which opens spaces for experimental error-friendliness (Löber 2012, pp. 245–263; Frese and Keith 2015) as well as experimental possibilities ...” (VAN-DERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That’s How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer. 2020. p. 19-20).”

³⁴ “Gartmeier (2009, p. 14), on the other hand, deals in particular with the concept of “error-friendliness” in his studies, in which a distinction is made between error-friendliness at the level of individual, error-related settings like attitude and error-friendliness in the sense of a knowledge-based ability to avoid errors. On the basis of the definition from von Weizsäcker and von Weizsäcker (1998, as cited in Gartmeier 2009, p. 19): “[t]he concept of error-friendliness describes the attributes of biological systems that make it possible that system disturbances do not lead to their extinction, but that they can be used for their further development (von Weizsäcker and von Weizsäcker 1984, 1998). Organisms—as special forms of biological systems—have a variety of mechanisms that allow them to deal with negative environmental effects or to use them for their development. This feature of error-friendliness can be an indispensable and central tool of human development. According to von Weizsäcker and von Weizsäcker (1984, as cited in Gartmeier 2009, p. 19), learning from mistakes, errors and failures helps to adapt to ever new environmental conditions and to solve the associated problems. In terms of learning from failure, mistakes plays a significant role. (...) Gartmeier (2009, p. 20) has been able to observe three aspects of error-friendliness in particular, which have proven particularly effective in this context: 1. A positive attitude towards mistakes 2. The knowledge-based ability to avoid mistakes and errors 3. Certain forms of experiential knowledge, especially negative knowledge.” “Negative knowledge in this context offers various beneficial effects, because it: 1. Supports certainty in how to proceed; 2. Increases efficiency during

Essa atitude positiva em relação ao erro é o primeiro passo para se assumir uma cultura de segurança, entendida como o conjunto de atitudes, crenças e valores dos operadores de um determinado sistema ou organização, que determinam a gestão de segurança ou prevenção de erros ou falhas. Referida cultura, por conseguinte, incorpora a comunicação de erros e incidentes críticos.³⁵

Uma determinada cultura, que, por exemplo, compreenda o número de erros descobertos como indicativo do nível de segurança do sistema, pode inculcar a ideia de que o erro humano é inadmissível, porque poderia ter sido controlado, o que leva a um foco exagerado no erro do/a operador/a da “linha de frente”. Essa cultura da perfeição (utópica) pode levar a culturas localizadas de culpa, vergonha, autopreservação e coleguismo, gerando consequências como, p. ex., a ocultação de determinadas informações de segurança³⁶. Vale mencionar, ainda, os efeitos dos relatórios de erro, que (para que gerem efeitos positivos) não prescindem de uma cultura organizacional que o considere como ferramenta de aprendizado³⁷.

É comum alguns associarem a tragédia de um erro judiciário à necessidade de responsabilizar alguém, como se a regra fosse a possibilidade de atribuir (causalmente) uma falha a alguém sozinho. Entretanto,

actions; 3. Improves the quality and depth of reflection processes on action. Negative knowledge can be considered as the outcome of learning from errors but at the same time can be seen as a special case of experiential learning, because error-related learning employs the construction of knowledge from episodic events.” (Ibidem, p. 20).

³⁵ VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer, 2020. p. 571.

³⁶ (Ibidem. p. 571 e 577)

³⁷ “... a culture lens to existing data from a qualitative study on error reporting as a social construct and found that learning does not occur in isolation or purely because an error is reported. Error reporting depends largely on how an industry publicly reacts to human error and how well organizations frame error as learning opportunities. We also show that a safety management system (SMS) needs to develop its knowledge management capability to transform error reports into learning opportunities and material at an individual, team and organizational (system) level.” (Ibidem. p. 565).

estudos demonstram o potencial “destrutivo” de uma abordagem preponderantemente disciplinar (punitiva) dos erros. Mesmo nos casos em que emergja um erro humano, o reconhecimento da culpa, desídia do/a agente não dispensa o conhecimento sobre uma complexa relação de interação causal³⁸. Afinal, fracasso e sucesso provêm das mesmas fontes e sua interpretação está nas narrativas das pessoas.³⁹

Como exemplo dessa abordagem positiva do erro, pode-se mencionar o disposto no anexo 13 da Convenção de Aviação Civil Internacional de Chicago — Investigação de Acidentes Aeronáuticos —, que registra que o único objetivo da investigação de um acidente ou incidente será a prevenção de acidentes e incidentes; não sendo propósito desta atividade atribuir culpa ou responsabilidade⁴⁰.

Não se quer fazer um “ataque” ao modelo disciplinar sancionador: extrapola nosso objeto definir a partir de que ponto ele poderia produzir algum bom resultado na melhoria do Sistema de Justiça. O que se quer defender é que a colocação desse modelo para ser a linha de frente da lida com os erros não contribuirá para a melhoria do Sistema, senão o contrário.

Surge, daí, a necessidade de compreensão de outra ideia: a de erro organizacional. É normal que haja numa organização uma espécie de tendência, decorrente da própria cultura ali difundida (da ausência de treinamento ou mesmo de um determinado treinamento ruim; de seus “bons” exemplos etc.), que explicariam o descumprimento de certos

³⁸ Confira-se em: a) DEKKER, Sidney. Prosecuting professional mistake: Secondary victimization and a research agenda for criminology. *Int. J. Crim. Justice Sci.* 4. 2009; b) DEKKER, Sidney. The criminalization of human error in aviation and healthcare: A review. *Safety Science*, 49(2), 121–127. 2011.

³⁹ VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer, 2020. p. 580.

⁴⁰ CARDOSO, Vitor Alexandre de Freitas e CUKIERMAN, Henrique Luiz. A abordagem sociotécnica na investigação e na prevenção de acidentes aéreos: o caso do voo RG-254. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 32, n. 115, pp. 79-98. 2007. p. 79

padrões de atuação, onde não se mostra relevante ou preponderante as condições individuais do/a “infrator/a”.⁴¹

A divisa entre o erro organizacional e o erro individual não é precisa, daí porque — em uma abordagem positiva do erro — para configurar este último, deve-se enxergar uma atuação idiossincrática de um determinado indivíduo ou grupo limitado; não sendo isso evidente, impõe-se rotulá-lo como um erro organizacional⁴².

⁴¹ “From an organizational psychological perspective, Goodman, Ramanujam, Carroll, Edmondson, Hofmann and Sutcliffe (2011, p. 151) distinguish organizational errors as a construct that differs from errors at the individual level. They understand errors to be essentially unintentional deviations from rules or procedures (e.g. non-verification of drugs prior to administration to patients, non-compliance with safety guidelines in a coal mine) that can lead to negative organizational results. ... According to their research, individual and organizational errors differ fundamentally. Because an organizational error is constitutive, the structures and processes that have caused multiple people within an organization to participate in that common behavioral pattern or deviation need to be analysed and identified. By contrast, individual errors indicate action deviations of a person that differ from the actions of other people within the organization. ... “Edmondson and Verdin (2018, p. 83) add further aspects of organizational errors that: • Concern the actions of multiple organizational members • Have the potential to result in adverse organizational outcomes • Represent unintended discrepancies from goals and expectations • Carry a risk of harm • Are caused by organizational conditions such as rules and values.” (VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. *There Is a Crack in Everything. That’s How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources*. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer. 2020. p. 9-10).

⁴² “Various authors distinguish an organizational error from an error that an individual makes in an organisational context, in that an organizational error is not caused by idiosyncratic characteristics of one or more persons (Russo and Schoemaker 1989; Kahnemann 2013; Roxburgh 2003), but results from the conditions existing in the organisation (Goodman et al. 2011). Organizational errors are not the result of simple human misconduct, but can be traced back to organizational conditions, policies and strategies” (VANDERHEIDEN. 2020. p. 10). No contexto da segurança do transporte aeroviário: “Error is understood in this context: as action or inaction that leads to deviation from crew or organizational intentions or expectations (Helmreich et al. 2000, p. 6)”. (VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. *There Is a Crack in Everything. That’s How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources*. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds), *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer. 2020. p. 10).

A propósito, pensando na valoração da prova, percebe-se que os ditos fatores humanos que influenciam o processo decisório não dependem exclusivamente do agente; nesse sentido, basta refletir que a atividade resulta: i) da arquitetura cognitiva do (cérebro do/a) agente, ou seja, a sua aptidão natural; ii) do sistema de treinamento e motivacional ao qual foi submetido/a; iii) do nível de autoconfiança do/a agente; iv) das informações irrelevantes sobre o caso; v) das informações relevantes sobre o caso (ou seja, da prova).⁴³

Associada a essa ideia, a Ciência da prevenção (*safety Science*) recomenda que a abordagem dos erros deve superar um velho paradigma de causas como fontes isoláveis⁴⁴. Ali se costuma questionar o potencial de aprendizado (sobre o porquê de sistemas complexos falharem) e, consequentemente, de reforço da segurança que traria a identificação e “rotulagem” de um determinado ato ou omissão isoladamente considerados, o que se costuma denominar de busca da “causa raiz”. Defende-se que tal caminho estaria muito distante da realidade de um sistema complexo e que, ademais, apresentaria uma espécie de distração em relação à falha estudada, impedindo o aprendizado subsequente. Daí que, embora o fator humano seja o último filtro de segurança de um sistema que falha ocasionalmente, na maioria dos casos, toda uma série de fatores contributivos também desempenham um papel de alguma forma na criação das condições nas quais um incidente ocorre ou um/a operador/a comete um erro.⁴⁵

⁴³ JEANGUENAT, Amy M.; DROR, Itiel E.. Human Factors Effecting Forensic Decision Making: Workplace Stress and Well-being. *Journal of forensic sciences* 63.1. p. 258–261. 2018. p. 259.

⁴⁴ “2.1. *New safety thinking* The focal and starting point of the new approach to safety is the consideration of human error as a result of underlying problems instead of being the final or primary cause of a safety event; organisation-wide behaviours or systemic flaws might predispose individuals to commit an error (Reason, 1990 a,b).” (KARANIKAS, Nektarios; CHIONIS, Dimitrios; PLIOUTSIAS, Anastasios. (2020). “Old” and “New” Safety Thinking: Perspectives of Aviation Safety Investigators. *Safety Science*. 125. 1-17, p. 2).

⁴⁵ VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer, 2020. p. 572 – 573.

Se se pensa num sistema de gestão do conhecimento que permita o aprendizado, deve-se incorporar a ideia de que um sistema complexo requer capacidades multifacetadas para criar um valor ótimo deste, daí porque, se o isolamento de um erro pode limitar o aprendizado, a abordagem das falhas sistêmicas, que constituem um terreno fértil para mais erros, pode contribuir consideravelmente para o aprendizado organizacional capaz de levar a um ambiente mais seguro e mais eficiente. A partir delas, o aprendizado é expandido para atingir seu maior potencial somente quando a lição de erro é ajustada ou elaborada para cada perfil que integra a organização.⁴⁶

Tomando emprestado os ensinamentos dos/as que se dedicam à segurança do transporte aeroviário, vale mencionar o que ensina Patriarca (et. al.)⁴⁷, que, defendendo um modelo de segurança proativo e holístico, adere à ideia de que aprender com erros (ou mais abrangentemente com eventos) pode ser visto como uma mudança no repertório de comportamentos de uma dada organização, fruto de uma análise que pensa em ações para preveni-los; todavia, o autor critica a tradição de buscar a identificação da(s) causa(s) do evento com base numa perspectiva newtoniana da investigação retrospectiva, que busca uma reconstrução linear do que seria a trajetória que levou ao evento adverso. Embora reconheça a validade de tal método para sistemas simples, Patriarca defende que não permanecem válidas para os sistemas sociotécnicos atuais, onde a complexidade não pode simplesmente ser reduzida e tem que ser gerenciada. As investigações, então, não deveriam seguir uma lógica de relógio, onde um sistema é estruturado como uma sequência de posições estáticas; dá como exemplo o resultado da investigação de um acidente envolvendo um cargueiro da DHL e um Tupolev que transportava crianças da Rússia até Barcelona, que mostrou que o evento não teve nenhuma causa ou erro atribuível claramente aos operadores da linha de frente (pilotos, controladores de voo etc.), mas adveio de uma confluência de múltiplas condições, muitas das quais eram claramente

⁴⁶ Ibidem. p. 578.

⁴⁷ PATRIARCA, Riccardo; DI GRAVIO, Giulio; CIOPONEA, R. & Licu, A.. *Safety intelligence: Incremental proactive risk management for holistic aviation safety performance*. Safety Science. 2019. 118. 551-567. 10.1016/j.ssci.2019.05.040. p. 552.

subótimas. Assim, uma «inteligência de segurança» eficaz deveria conseguir explorar a complexidade do sistema sociotécnico, ao invés de visar a identificação de uma causa raiz.

4) POR UM «LABORATÓRIO DE PREVENÇÃO DE ERROS JUDICIÁRIOS» NO ÂMBITO DO PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO

*“Uma justiça que reconhece os próprios erros e se corrige, que não os procura manter e defender com fórmulas vãs, é uma justiça edificante, que só confiança poderá inspirar”.*⁴⁸

Isso que poderíamos chamar de uma cultura de segurança (em geral) ou de um sistema de aprendizado com os erros (em particular) pode ser implementado e gerido no âmbito do Poder Judiciário, com a instalação de um laboratório de inovação especificamente voltado à prevenção do erro.

Os laboratórios de inovação são ferramentas de gestão do conhecimento, que objetivam a produção de saberes seguros, confiáveis, a partir da experiência dos gestores/ras e demais integrantes de uma determinada organização, identificando experiências e testando-as empiricamente. Sua essência é, pois, que os saberes obtidos através da experiência profissional merecem uma abordagem mais segura, como a propiciada pela Ciência, o que sobremaneira não afasta a necessidade o confronto com uma visão externa⁴⁹.

Numa apertada síntese, um laboratório de inovação no Judiciário pode ser visto como o espaço físico, ou mesmo virtual, onde juízes/as e servidores/as, com outros/as *protagonistas* do Sistema de Justiça (inclusive jurisdicionados/as), mediante métodos baseados em *design thinking*,

⁴⁸ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 73.

⁴⁹ CLEMENTINO, Marco Bruno M. Princípios da Inovação Judicial. In: LUNARDI, Fabrício; CLEMENTINO, Marco B. M (coords.). *Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto*. Brasília: ENFAM. 2021, p. 32.

refletem sobre problemas e desenvolvem soluções para aprimorar a prestação jurisdicional.⁵⁰

A ideia de gerir a inovação no âmbito do Judiciário é recente⁵¹, o que se explica pelo tradicional isolamento e conservadorismo que ali até bem pouco tempo imperavam. Seu marco normativo mais importante é a Resolução do CNJ nº. 395/2021, que instituiu a Política de Gestão da Inovação no âmbito do Poder Judiciário⁵², onde são enunciados os dez princípios da gestão da inovação: (i) cultura da inovação; (ii) foco no usuário; (iii) participação; (iv) colaboração; (v) desenvolvimento humano; (vi) acessibilidade; (vii) sustentabilidade socioambiental; (viii) desenvolvimento sustentável; (ix) desburocratização; e (x) transparência⁵³.

Em linhas gerais, são pressupostos fundamentais da inovação judicial: i) a concepção da jurisdição (também) como um serviço judicial; ii) a agregação de valor judicial a esse serviço por meio da ressignificação de práticas tradicionais; iii) a remodelagem centrada no/a jurisdicionado/a, ocorrendo de fora para dentro e preferentemente implodindo a camada burocrática que desumaniza a prestação jurisdicional; e iv) a finalidade de proporcionar a melhor experiência possível ao/a jurisdicionado/a, ainda que isso não implique o acolhimento da pretensão deduzida na lide.⁵⁴

⁵⁰ Ibidem, p. 29.

⁵¹ Bochenek registra a história da inovação na Justiça Federal e no Conselho Nacional de Justiça. BOCHENEK, Antônio C; Zanoni, Luciana. Rede de inovação do poder judiciário brasileiro: histórico dos laboratórios de inovação na justiça federal e a relação com os objetivos de desenvolvimento sustentável. *Revista Humanidades e Inovação*, v.8, n.47, p. 23-32, 2021, p. 25.

⁵² Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1259312021060960c0b-b3333a4f.pdf>. Acesso em 20 fev. 2023.

⁵³ Clementino propõe “[...] o seguinte conjunto de princípios específicos da inovação judicial: i) princípio da horizontalidade (princípio do tamborete); ii) princípio da gestão judicial democrática; iii) princípio da cocriação judicial; iv) princípio da colaboração judicial; v) princípio da independência judicial compartilhada; vi) princípio da racionalidade experimental; vii) princípio da flexibilidade e da adaptabilidade; viii) princípio da desburocratização; ix) princípio da cultura de simplicidade; x) princípio da cultura digital judicial; xi) princípio da comunicação judicial empática e inclusiva; xii) princípio da diversidade e da polifonia de ideias; xiii) princípio da sustentabilidade; e xiv) princípio da centralidade no jurisdicionado. CLEMENTINO, *op. cit.*, p. 47.

⁵⁴ Idem, p. 45-46.

Entende-se, assim, que as ideias defendidas pela Ciência da segurança, que reclamam uma mudança de cultura mais preocupada com a prevenção do erro e, portanto, com o/a jurisdicionado/a, sobretudo o/a da justiça criminal, confluem com as ideias defendidas pelo atual movimento de inovação do Judiciário brasileiro, no sentido de que “[...] a inovação precisa ser elemento propulsor de mudança de cultura organizacional, por meio da agregação de uma espécie de valor judicial, com foco direcionado ao jurisdicionado, em busca de uma jurisdição mais humana, democrática, transparente, sustentável e solidária”⁵⁵.

Admitindo isso, passa-se aqui a propor algumas ideias gerais para o funcionamento do que seria o laboratório de prevenção de erro judiciário, mediante a conjugação dos *reclames da Ciência da Segurança*, dos *princípios da inovação judicial responsável*⁵⁶ e dos *critérios para uma adequada de Valoração da Prova Judicial*⁵⁷.

A) A FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE PREVENTIVA

A finalidade do laboratório é testar o sistema teórico (ou idealizado) e a medida da sua concretização na praxe, com o *fim exclusivo* de propor o aperfeiçoamento quer do próprio Sistema como das práticas judiciais.

⁵⁵ Ibidem, p. 44-45.

⁵⁶ “[...] a responsabilidade do inovador inda, a responsabilidade do inovador não se limita à sua responsabilidade legal: ela vai além, e se traduz numa preocupação de “fazer o bem” ao tomar decisões quando se é responsável por outros.” SCHILLING, Taís; MÜNCH, Luciane. Inovação a Serviço de um Judiciário transformador: uma perspectiva sistêmica. *ReJuB - Revista Judicial Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 11-36. Brasília: ENFAM, 2021, p. 21..

⁵⁷ Para maior aprofundamento: BRAGA DAMASCENO, Fernando. *Direito Probatório (stricto sensu): da valoração da prova*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.; BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23: 79-97, 2020; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti (ensayos sobre prueba causalidad y acción)*. Lima: Palestra Editores, 2005.

Deve-se, pois, adotar medidas voltadas a evitar a exploração dos aspectos negativos dos erros, da dor sofrida pela pessoa condenada e sua família, bem assim, expor aqueles/as que seriam os/as responsáveis. Longe de configurar alguma espécie de corporativismo, tal abordagem, como se viu há pouco é recomendada pela Ciência da Segurança (ou da prevenção); não sendo à toa que, justamente onde o erro deve ser mais levado a sério, essa medida constitui pressuposto básico de uma atuação preventiva.

B) A MATÉRIA-PRIMA DO LABORATÓRIO: OS ERROS E OS “QUASE ERROS”

O trabalho do laboratório não deve se resumir aos casos de erro reconhecidos pelo Sistema de Revisão; nada impede que se estudem casos de outros países, p. ex. Ademais, é recomendado que se estudem casos que se enquadrem como “quase erros” (*near misses*), como longas prisões preventivas seguidas de absolvições, uma sentença condenatória reformada em apelação, um voto condenatório que não chegou a obter a adesão da maioria etc.

O estudo dos chamados *near misses* é importante porque estes viabilizam a comparação entre os “percursos” que levaram a resultados diversos, permitindo perceber o que pode ter feito a diferença; a ideia, assim, consiste em utilizá-los tanto para a identificação de fontes potenciais de erros, como para formar um *grupo de controle*. Jon Gould et. al. considera importantíssima a abordagem, porque se poderia viabilizar o conhecimento de como, em casos que não redundaram em condenações errôneas, vêm sendo contidas as diversas fontes de erro já mapeadas⁵⁸.

⁵⁸ “Investigating a New Question: How Erroneous Convictions Differ from Near Misses. As each of the four studies indicates, it is essential to create a comparison, or control, group of cases when studying erroneous convictions. Otherwise, researchers risk labeling certain sources as “causes” of erroneous convictions when the factors are merely correlates. The task, again, is to understand how erroneous convictions differ from the other set of cases – which sources are exclusive to erroneous convictions as against a different set of cases – and to develop a better comprehension of how those sources interact with one another. In choosing a comparison group, researchers typically assemble cases that differ in their exposure to a particular condition. In medical research, for example, one group of patients may receive a new drug while the control group takes a placebo.

Registre-se, ademais, que, embora se enverede para uma casuística mais ligada ao processo penal, não se defende que o laboratório deveria voltar-se exclusivamente à prevenção de casos de condenações criminais errôneas: casos cíveis de repercussão e/ou de elevada danosidade do erro podem e devem ser analisados pelo laboratório.

c) LINHAS GERAIS PARA O TRABALHO DO LABORATÓRIO

Todos/as os/as integrantes do laboratório assumirão o papel de analistas de casos, o que se adequa à ideia defendida pelos que se dedicam à inovação no Judiciário, no sentido de que uma estrutura não hierarquizada nos laboratórios aproveitaria ao máximo a participação de cada protagonista. Assim, juízes/as, servidores/as, pesquisadores/as e outros/as agentes do Sistema de justiça atuarão em uma rede que garanta a todos um lugar de fala e de escuta, de modo a proporcionar o enriquecimento do processo de deliberação.⁵⁹

*By contrast, experimental research in criminal justice raises serious ethical and constitutional questions,¹ so researchers often select a comparison group that differs from the cases of interest on other bases, including outcome. In Harmon and Lofquist's (2005) study, for example, defendants in both sets of cases were presumed to be innocent and differed only in the outcome of the matter; in one set of cases, defendants were exonerated, and in the other they were executed. The choice of a comparison group should speak to the underlying question at issue in the research. In Harmon and Lofquist's work, the researchers were interested in why the criminal justice system exonerated some erroneously convicted capital defendants while executing others who were also innocent. Gross and O'Brien (2008), by contrast – and Harmon herself (2001) – sought to understand what distinguished the cases of innocent capital defendants who were exonerated from those of guilty capital defendants who were executed. Garrett (2008), who does not claim to have employed social science methods, set out to identify factors specific to the innocent who were exonerated by DNA. ² At this point, social science research on erroneous convictions is still too young to have evidenced a pattern of interest when employing a control group, but the prior case studies of wrongful conviction may even ask a slightly different question: in scouring the facts of individual cases of erroneous conviction, these studies seek to understand which factors distinguish accurate from mistaken convictions.” GOULD, Jon; CARRANO, Julia; LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting Erroneous Convictions. *Iowa Law Review*, 99, 2013, p. 29 e ss.*

⁵⁹ “A referência a “princípio do tamborete” remete à necessidade de relativização do formalismo dos espaços judiciais em que se pretende inovar, a fim

O/a analista deve ser alguém treinado/a, de preferência um/a especialista na área (Direito Probatório, Raciocínio Probatório, Epistemologia, Psicologia Cognitiva etc.), já que não passa de um mito a ideia de que o senso comum, entendido como uma habilidade inata do indivíduo, que lhe permitiria, mesmo sem o completo domínio das razões inerentes, conhecer algo e obter conclusões seguras, ou seja, de que o senso comum como forma de pensar que permitiria “[...] saber sem saber como se soube e sem saber dizer como se soube”⁶⁰.

de que o mero simbolismo não silencie determinados indivíduos que precisam falar e ser ouvidos. Como exemplo, não custa pontuar que laboratórios judiciais de inovação são locais muito mais propícios para inovar do que os salões nobres de fóruns e tribunais. O princípio da gestão democrática consiste em desdobramento do primeiro, pressupondo que uma gestão inovadora precisa saber ouvir, em busca da agregação de genuíno valor judicial, evitando que determinadas estratégias sejam traçadas sem a devida atenção aos problemas sistêmicos da jurisdição e simplesmente expressem a aceleração de uma atividade irrefletida e acrítica quanto às respectivas consequências sociais.”. CLEMENTINO, Marco Bruno M. Princípios da Inovação Judicial. In: LUNARDI, Fabrício; CLEMENTINO, Marco B. M (coords.). *Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto*. Brasília: ENFAM. 2021, p. 47 - 48.

⁶⁰ Assim: “*Finally, mounting empirical data from psychological studies suggest that lay persons such as jurors inadequately evaluate the testimony of others.*” *These psychological studies, in effect, suggest that common sense is a myth.*” (Friedland. Steven I. «*On common sense and the evaluation of witness credibility*», 1990, p. 167.) Ho Hock Lai chama a atenção para a questão relacionada a (in) adequação do senso comum para as decisões judiciais. In verbis: “*On the one side we have judges like Lord Diplock who think that the task of determining guilt is no more esoteric than ‘applying to the evidence adduced at the trial the common sense with which [fact-finders] approach matters of importance to them in their ordinary lives’.*”⁹⁰ Similarly, Lord Chief Baron Pollock is reported to have told the jury: ‘*If the conclusion to which you are conducted be that there is that degree of certainty in the case that you would act upon it in your own grave and important concerns, that is the degree of certainty which the law requires, and which will justify you in returning a verdict of guilty.*’⁹¹ On the other side we have cases like *R v Lifchus*,⁹² where the Canadian Supreme Court held that ‘*beyond reasonable doubt*’ is not an ‘ordinary’ concept and that it is inappropriate when applying it to employ the reasoning that one uses in making practical decisions, even those that are of utmost importance in one’s life. Ginsburg J took a similar position in the United States Supreme Court case of *Victor v Nebraska*.⁹³ Judges in the second camp may be interpreted as insisting, and they would be right to insist, that practical rationality does not govern legal fact-finding in the same way as it does choices of action people make outside the courtroom. The ‘domestic analogy’ was

O estudo de casos deve se operar com base em todo o material que estava disponível quando da prolação da decisão errônea, incluindo os autos do inquérito, com seus apensos, os arquivos de áudio e/ou vídeo em que foi registrada a prova oral; deve-se seguir uma dupla abordagem às cegas, sem que nenhum dos/as analistas conheça a análise do/a outro/a e, na medida do possível, sem ter conhecimento da prova nova e/ou das razões que fizeram a Corte revisora reconhecer o erro judiciário; isso para evitar a atuação do viés de retrospectiva ou o “eu- sempre-soube”⁶¹.

O ponto de vista a ser assumido pelo/a analista é, então, o do/a julgador/a, devendo promover a organização da prova, sua análise, voltada primeiramente a estabelecer o vínculo entre cada prova e cada probanda, buscando definir, primeiro, se se tratou de uma condenação sem provas. Na sequência, dever-se-á aferir a confiabilidade de cada prova e a medida da corroboração que fornecem a cada probanda. Ao final, uma organização de cada enunciado segundo uma história que englobe os fatos sob reconstrução, a investigação⁶² e o processo, de sorte a poder, assim, perquirir se o standard de suficiência foi atingido.

*rejected by the New Zealand Court of Appeal with the observation that such choices are often ‘influenced by elements of speculation, hope, prejudice, emotion’.*⁹⁴ *In our daily lives, we frequently act, as we must, amidst uncertainty by taking calculated risks.*⁹⁵ *For instance, a person may choose to undergo life-threatening surgery (which certainly qualifies as a ‘grave and important’ matter) even though she does not believe that the operation will in fact succeed. Her choice is rational if she knows that imminent death is even more likely were she to forego the operation.*” (HOCK LAI, Ho. A philosophy of evidence law: justice in the search for truth. 2008, 191). No mesmo sentido: BRAGA Damasceno, Fernando. «A Constituição e a valoração da prova judicial: entre a indiferença e um mandamento de redução do risco de erro», 2021, pp. 47 e ss.

⁶¹ Sobre o viés de retrospectiva (hindsight bias): KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, p. 173.

⁶² Aferir o valor do conjunto probatório não dispensa que se compreenda o que tornou o indivíduo alvo da investigação. Não há por exemplo como aferir o nível de segurança da prova da autoria se a estória do processo e da investigação explica de onde saiu o sujeito que foi submetido a uma roda de reconhecimento. Ademais, a forma como alguém se torna suspeito parece ser fator que interfere diretamente no risco de erro judiciário, bastando observar o trabalho de Noah Barr (et. al), que estudou diversos casos de revisões baseadas em DNA, e verificou que determinadas razões para eleição de suspeitos está mais associada ao grupo dos casos em que se demonstrou o erro judiciário, quando comparado àqueles em que o referido exame confirmou a culpa do indivíduo

É importante seguir esse caminho porque isso pode levar a conclusões acerca do potencial protetivo do standard frente ao potencial protetivo de uma séria organização e abordagem atomista da prova, de modo, por exemplo, a orientar a formação/atualização dos juízes; afinal de contas, como se disse há pouco, o aprendizado com erros não só afere o cumprimento dos critérios de valoração, mas testa os próprios critérios.

O/a analista não deve se contentar com a identificação de uma má interpretação ou mau raciocínio por parte do/a julgador/a⁶³ — o que poderia simplificar em demasia seu trabalho —; deve, primeiro, sempre pensar que pode haver uma tendência do Sistema de Revisão a ser mais ou menos rigoroso quando se trata de um determinado tipo de criminalidade (econômica, p. ex.), de sorte que deve incorporar a ideia de que haverá casos de condenações materialmente corretas revisadas por decisões materialmente erradas; e, mesmo que não consiga se afastar da ideia de que, ali, há potencialmente um erro de julgamento, deve incorporar que o propósito de sua análise é seguir adiante, especular fatores juridicamente irrelevantes⁶⁴: por exemplo, o número de sentenças ou acórdãos produzidos por aquele mesmo juiz; a demanda a que estava submetido

condenado. BARR, N.; COOPER, G.. Identifying How an Individual Becomes a Suspect: A Needed Addition to the Innocence Literature. *The Wrongful Conviction Law Review*, vol. 4, n. 1, p. 48-70. 2023. p. 48.

⁶³ “Los errores judiciales pueden o no ser atribuidos al juez según sea el caso. Muchos de ellos tienen como causa la insuficiente preparación técnica del juzgador, mientras que otros se deben a que su actuación es dolosa o culposa. Cabe señalar, no obstante, que existen ciertas decisiones que siendo desacertadas no pueden imputarse a la calificación profesional del juez ni a su actuación, sino que es el resultado del propio sistema jurisdiccional de toma de decisiones.”. MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: F.C.J.E, 2009, p. 35-36.

⁶⁴ Robert Dawson, p. ex. demonstra que determinados fatores juridicamente irrelevantes terminam incrementando as chances de uma condenação, como, por exemplo, a longa ficha criminal de um coacusado. (DAWSON, Robert O. Joint trials of defendants in criminal cases: an analysis of efficiencies and prejudices. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 77, n. 6, p. 1.379-1.455, June 1979. p. 1444. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol77/iss6/2/>.) Fernanda Prates e Thiago Bottino demonstram que a concentração de acusações, formando aquilo que chamaram de megaprocessos, também incrementa o risco de condenações errôneas. (BOTTINO, Thiago e PRATES, Fernanda: Os megaprocessos e os riscos de condenações injustas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 58 n. 232 p. 87-106 out./dez. 2021)

na época; a formação na área que foi disponibilizada a ele; se mostrou alguma tendência (viés) a desconsiderar ou desvalorizar um tipo de prova; se havia ou não réu preso, se a prisão se deu por conta de decisão do/a próprio/a julgador/a (ou de outro/a juiz/a); o tempo que o/a mesmo/a dispôs para proferir a sentença (acórdão) etc.

Nesse sentido, é a crítica feita em realização à maneira de estudar os erros judiciários: Jon Gould e Richard Leo sugerem que essas pesquisas deveriam se concentrar nos “[...] fatores que de algum modo contribuíram” para uma condenação errônea, ao invés de se buscar as tais “fontes exclusivas” do erro.⁶⁵

⁶⁵ In: GOULD, Jon B.; LEO, Richard A.. One Hundred Years Later: Wrongful Convictions After a Century of Research, 100, *J. Crim. L. & Criminology*, 825-868, 2010, p. 827. Em outro trabalho defenderam a mesma ideia “As we have seen, the narrative method of legal scholarship oversimplifies the multifactorial, complex, and contingent nature of causation in wrongful conviction cases. It also tends to elevate individual factors over institutional ones, omit alternative hypotheses or explanations, repeat old findings with new stories, and simplify the larger systemic context of wrongful convictions.” (LEO, Richard; GOULD, Jon. Studying wrongful convictions: learning from social sciences. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 7, pp. 7-30, 2009, p. 28). Pode-se mencionar, ainda, James Doyle, *in verbis*: “[...] over the past decade an alternative explanatory paradigm has begun to gain traction. It understands the criminal justice system not as a chaotic wetland and not as a ‘complicated’ machine with many parts, like a jet airliner at rest. In this conception, criminal justice, like a jet airliner in operation, is a complex adaptive system in which the frontline operators are engaged in “sense-making” in a dynamic environment. Wrongful convictions can be understood as system errors arising in a complex socio-technological system. It is generally impossible to discover a single broken component or incompetent operator that fully explains the event. Even in situations where it appears that an individual’s misconduct is responsible for the harm, someone hired that “bad apple”; someone supervised him; someone failed to prevent or intercept his missteps; someone (or many “someones”) created the environment in which he decided he would zig when he should have zagged. The shifting, overlapping (and often conflicting) goals, conditions, and influences that buffet sharp end actors and produce mistakes are not determinative, as failed switches or frozen gears would be; their impacts are probabilistic. The effects are not linear and sequential; everyone’s actions are affecting everyone else’s actions simultaneously. While it is true that “upstream” police are affecting the “downstream” prosecutors, the police decisions are affected by their understandings of the prosecutors’ downstream requirements, and both groups are affected by what they anticipate in the courtroom. All the actors are responding to pressures from caseloads, budgets, politics, and media. A “bad apple” explanation is not sufficient. Even identifying a free-standing “rotten barrel”

Deve-se, por isso, sempre que possível registrar o tempo da análise, da estruturação do seu raciocínio, de suas reflexões e da redação de seu relatório, isso porque há (por enquanto só) um mito de que o julgamento seguindo uma determinada pauta de racionalização demandaria um tempo significativamente maior do que o/a juiz/a e sua equipe dispõem: parece ser extremamente relevante saber, p. ex. que o/a analista levou 20 horas para julgar um caso que o CNJ impõe seja julgado em 2 horas.

Assim, deve-se buscar a compreensão de um cenário causal (muitas vezes complexo e multifatorial), não se contentando com a catalogação de problemas isolados, como ocorre em diversas análises, que apontam como causas as falsas confissões, falsos reconhecimentos etc⁶⁶.

*(for example, a police department or crime lab) will almost never provide either an adequate diagnosis or a fully effective treatment. Safety cannot be found in a single component or silo any more than wetness can be found in single molecule of H2O. Complexity requires an understanding not simply of components, but also of their interactions. (...) Careful examination of an exoneration through a safety lens will reveal not only a defective component (e.g., hair comparison or coercive interrogation) or isolated dishonest human (e.g., a prosecutor who hides Brady material) but an extensive “influence map” of overlapping and interactive dangers and weaknesses that can be addressed and mitigated before the next practitioners confront them. A fully contextualized event review can contribute to system resilience in a way that a performance review aimed at misconduct cannot. The logic of complexity dictates that no criminal justice “silo”, no matter how dedicated and well-meaning its representatives, can address all of these conditions on its own. It also underlines the importance of reviewing a wrongful conviction from an “all-ranks” perspective. An event review is free to act on both of these precepts.”. (DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. *The Wrongful Conviction Law Review*. n. 1., p. 253-269, 2020, p. 255-258). No mesmo sentido: i) DOYLE, James. Learning from error in American Criminal Justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 100, p. 109-148, 2010.; e ii) SANGERO, Boaz. Safety from False Convictions. *Criminal Justice Theory Blog*. 2021.*

⁶⁶ “Like transportation and medical accidents, they typically have multiple and co-occurring causes; however, unlike an airplane crash, usually little effort is made to understand what went wrong. Such failures are too often ignored, and systemic reviews are rare. Consequently, necessary technical changes and policy improvements may not happen” (ROSSMO, D. Kim; POLLOCK, Joycelyn M. Confirmation bias and other systemic causes of wrongful convictions: a sentinel events perspective. *Northeastern University Law Review*, Boston, v. 11, n. 2, p. 790-835, 2019. p. 792. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56a67d1e05caa777b1877b09/t/609de00f9227c-964ce2c004f/1620959251663/Volume+11%2C+Issue+2.pdf>).

A necessidade dessa abordagem sistêmica implica que o analista não pode se contentar, por exemplo, com o achado de uma prova particularmente enganosa (*misleading evidence*)⁶⁷. Como resultado dessa abordagem tradicional, a maioria dos estudos sobre os erros judiciais terminam apontando/classificando as causas ou fontes com base no tipo, ou na origem da prova que “levou” à condenação, apelando para um potencial ilusório que elas teriam. O resultado da cumulação desses estudos é, muita vez, a recomendação da exclusão da prova que não preenche um ideal de qualidade e/ou a exigência de reforço (*corroboration requirement*).

Não há dúvidas que é importante alertar para o potencial ilusório de um determinado tipo de prova, por razões intrínsecas a ela e/ou por conta do despreparo ou má-fé de quem a formaliza, na medida em que se pode refletir sobre adoção de medidas de contenção específicas, relacionadas à sua coleta, registro e preservação, na limitação de sua força probatória (*corroboration requirement*) ou até mesmo na sua exclusão.

Há, todavia, que se reconhecer como uma espécie de coarctação do potencial de aprendizado se uma dada análise para no reconhecimento de que a causa de um dado erro foi a apresentação de uma «prova particularmente enganosa». Daí porque é bastante elucidativa a abordagem sistêmica da chamada *misleading evidence* proposta por Smit, Morgan e Lagnado⁶⁸.

Para os autores, uma dada prova é potencialmente enganadora quando o seu significado — em termos de corroboração de uma dada hipótese — puder não ser totalmente compreendido (ou não for claramente expressado).

Em estudo que sobre 235 casos rotulados como *misleading evidence*, extraídos de 218 apelações julgadas pela Court of Appeal of England

⁶⁷ “*Misleading evidence is evidence that misleads you. It leads you in one direction while the right direction is the otherway. Where does misleading evidence lead you away from? ... Misleading evidence leads you away from knowledge because, in basing your belief on in-fact irrelevant evidence, you’re at best Gettiered (at best it leads you to fall victim to the original kind of Gettier case) (...)*”. FANTL, Jeremy. Entitlement and Misleading Evidence. *Philosophy and Phenomenological Research*, p. 1-19. 2022, p. 18.

⁶⁸ SMIT, Nadine; MORGAN, Ruth; LAGNADO, David. A systematic analysis of misleading evidence in unsafe rulings in England and Wales. *Science & Justice*, 58, p. 128-137, 2017, p. 128.

and Wales, concluiu-se que, na maioria deles (76%), as provas ditas enganosas, na realidade não eram tão enganosas assim, já que o reconhecimento do erro não necessitou da apresentação de uma nova prova. Ademais, em 66% dos casos, os enganos estavam relacionados à própria interpretação da evidência, o que significa que não teriam ocorrido se se tivesse providenciado mais transparência (via abordagem analítica) na relação entre a evidência e a *probanda*⁶⁹.

Daí porque registram que se utilizam do termo *misleading evidence* com uma abordagem retrospectiva, para se referir à evidência que enganou ou que apresentou o potencial de enganar o/a decisor/a⁷⁰. De fato, uma abordagem prospectiva só poderia a levar a classificação de uma prova como particularmente enganosa, se se projetar uma valoração com alguma defasagem cognitiva do sujeito da valoração⁷¹. A partir da análise de diversos estudos sobre o que seriam provas periciais derivadas de uma “ciência ruim” (*junk science*), espécie de prova enganosa, verificaram que os respectivos erros judiciais não decorreram apenas de falhas nos métodos dessas provas, mas, sobretudo, de falhas de comunicação e de interpretação delas. Concluem ser errado eleger uma determinada categoria de prova como a “maçã podre”, enquanto os muitos dos erros poderiam ter sido evitados com uma boa valoração da prova⁷².

⁶⁹ SMIT et al. *op. cit.*, p. 128.

⁷⁰ SMIT et al. *op.cit.*, p. 129.

⁷¹ Nesse sentido: “*Evidence can be misleading: it can rationalize raising one’s confidence in false propositions, and lowering one’s confidence in the truth. But can a rational agent know that her total evidence supports a (particular) falsehood? It seems not: if we could see ahead of time that our evidence supported a false belief, then we could avoid believing what our evidence supported, and hence avoid being misled. So, it seems, evidence cannot be predictably misleading.*”. HOROWITZ, Sophie. Predictably Misleading Evidence. In: SKIPPER, Mattias; STEGLICH-PETERSEN, Asbjørn (eds.). *Higher-Order Evidence: New Essays*, p. 105–123. Oxford: Oxford Academic, 2019, p. 105.

⁷² Smit (e. al.) se refere aos seguintes estudos: GARRETT, B.L., Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong(2011); GARRETT, B.L.,- Judging innocence, *Columbia Law Rev.* 108, 2008, p. 55–142.; COLLINS, J.M.; JARVIS, J. The wrongful conviction of forensic science, *Forensic Sci. Policy Manag.* An Int. J. , 2009, p. 17–31.; SMIT, Nadine; MORGAN, Ruth; LAGNADO, David. A systematic analysis of misleading evidence in unsafe rulings in England and Wales. *Science & Justice*, 58, p. 128-137, 2017, p. 135.

Pensando, assim, trazendo a responsabilidade também para o/a designer do sistema teórico, para os gestores e gestoras dos serviços judiciais, notadamente os que definem as prioridades formativas do/a juiz/a brasileiro/a, pode-se pensar em caminhos para melhorar a qualidade da própria valoração da prova⁷³.

Finalmente, vale registrar que o laboratório gerará três tipos de “produtos”: (i) os relatórios de casos, com a identificação do cenário causal⁷⁴, os quais, com a respectiva documentação, poderão ser utiliza-

⁷³ Pode-se citar, por exemplo, o trabalho de Rizzeli, Kassim e Gales, que buscam desenvolver critérios linguísticos que poderiam converter-se em razões objetivas para valoração das confissões: *“Moreover, the most frequent mental verb following “I” in CPF was found to be “I know/knew”, while for CPT it was “I think/I thought”, further raising the question of authorship, as it also ties to the higher level of confidence found in CPF by LIWC. However, both “I guess” and “I mean” were more frequently used in CPF (e.g. “I guess I was, yeah, I was kind of drunk by then, drinking pretty much;” “And I mean so I... that’s why I got that gun for that purpose. But I don’t... I mean I don’t need no gun you know what I mean;” “So, I guess (name) her in the bedroom, in his bedroom, and started, I don’t know, he beat her up, I guess. He knocked her out of something like that; he said in order to make love to her; she started yelling against and started fighting him, I guess he beat her up real bad and (name) got pissed about it.”)*, adding a tentative aspect to the narrative and contrasting the previous finding, perhaps suggesting partial authorship. Lastly, a close examination of the variations of the sentence “I don’t remember” revealed that in CPF, the phrase tended to complete the sentence in approximately half of the cases (e.g., “I don’t remember, I don’t think, I don’t know nothing;” “Not that I remember, I don’t remember nothing, I don’t remember nothing;” “I was – don’t – don’t remember. I was drinking that night;” “I don’t remember exactly.”) In contrast, in CPT, the sentence was followed in the majority of the cases by an explanation of what was not remembered (e.g. “I don’t remember how many times I stabbed him; “I guess, I don’t remember if it was on the bed or the floor;” “I don’t remember the exact words I used, but I told him what happened and where it was;” “I don’t remember if she was in or out of the car when she asked.”). RIZZELLI, Lucrezia & KASSIN, Saul & GALES, Tammy. The Language of Criminal Confessions: A Corpus Analysis of Confessions Presumed True vs. Proven False. *The Wrongful Conviction Law Review*, 2, p. 205-225, 2021, p. 218.

⁷⁴ Para aproveitar os erros e relatórios de erros em todo o seu potencial, as organizações devem aplicar uma abordagem de sistema e explorar múltiplas narrativas/ângulos para entender a complexidade do sistema e o que deu errado ao mesmo tempo em que percebem a diferença entre o trabalho como imaginado e o trabalho como feito. VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential

dos em treinamentos de juízes/as e demais operadores/as do sistema; (ii) relatórios de meta-análises, com o resultado do tratamento de informações obtidos a partir dos casos acumulados; (iii) (minutas de) recomendações, para o aprimoramento de diversas práticas e, eventualmente, do próprio Sistema normativo, que deverão ser submetidas ao plenário do CNJ.

CONCLUSÕES

As reflexões trazidas acima autorizam concluir que uma verdadeira preocupação com a prevenção do erro judiciário não dispensa a uma espécie de apologia ao erro⁷⁵, não com a finalidade última de chegar a uma aferição precisa do risco inerente ao Sistema⁷⁶, mas, sobretudo,

in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: VANDERHEIDEN, E.; MAYER, CH. (eds.). *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer, 2020, p. 580.

⁷⁵ Não se defende, por óbvio que esse caminho exclua outros, como a tentativa de aferição do risco de erro a partir da casuística de outros países ou mesmo a partir de uma reflexão no plano teórico. A evolução com base na observação do dia a dia deve ser pensada, claro, mas o mais fácil, o mais básico, o que já é considerado “velho” na ciência da segurança, é o aprendizado com erros ou com eventos.

⁷⁶ Bom registrar que se deve exagerar a importância de uma quantificação precisa do risco de erro; primeiro porque não é indispensável; segundo, porque não haveria como pensar num patamar de risco que dispensasse os gestores dos serviços de justiça a se despreocupar com medidas capazes de aprimorar o Sistema. Nesse sentido, Richard Leo (et, al); “*although Gross and O’Brien correctly point out, as have many other scholars before them, “that the frequency of wrongful convictions is unknown and unknowable, it is not necessary to know the incidence or prevalence of a phenomenon to study it empirically or scientifically. Virtually every aspect of the study of American crime and criminal justice contains some incomplete or missing information. Scholars need not exaggerate the significance of the “dark figure” of wrongful conviction or the implications of imperfect knowledge or the absence of pristine pre-existing data sets.*”. LEO, Richard; GOULD, Jon. Studying wrongful convictions: learning from social sciences. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 7, pp. 7-30, 2009, p. 29.

para conhecer suas tipologias⁷⁷ e fontes e, assim aproveitar sua aptidão pedagógica.⁷⁸

O estágio atual do conhecimento, que embasa a prevenção de grandes tragédias, propicia a construção de um modelo de aprendizado organizacional baseado em erros, que não pode ser desconsiderado pelos gestores e gestoras do Judiciário, notadamente numa cultura em que ainda se pensa que o erro judiciário é excepcional, quando excepcional é apenas o seu reconhecimento.

De fato, o resultado da conjugação desse conhecimento com os princípios da inovação judicial responsável e com as exigências para uma adequada (com baixo risco de erro) valoração da prova embasa uma prognose favorável relacionada à produção de um conhecimento seguro sobre a realidade brasileira – sobre o seu sistema normativo e sobre as praxes judiciais –, o que se mostra indispensável à sua evolução.

Por fim, vale o registro de que o modelo apresentado como resposta ao problema de pesquisa não se trata de algo pronto, acabado e operativo; no máximo, o esboço de algumas ideias que poderão gerar inúmeros debates. Mais adiante, pelo trabalho de outros, talvez se possa chegar a um bom modelo de prevenção baseado no aprendizado com erros.

⁷⁷ Como registra James Doyle, se não se conhece as condições que geram um erro, não haverá como impedir sua repetição. *In verbis*: “If these conditions are not identified and addressed there will be no guarantee that the same dismal narrative will not be repeated with another practitioner—who may not be a “bad” actor, but may not be an exemplary actor either—when his turn comes.”. DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. *The Wrongful Conviction Law Review*. 1. 253-269, 2020, p. 257.

⁷⁸ “II. The Cases. 1. The Definition of “Exoneration: We study exonerations to learn about false convictions. Exonerations and the processes that produce them are interesting in themselves, but they are most important as the best source of information we have about the accuracy of our system of criminal adjudication, and the only source of direct evidence about the error we most want to avoid: convicting the innocent.”. GROSS, Samuel R.; SHAFFER, M. *Exonerations in the United States, 1989-2012: Report by the National Registry of Exonerations*. The National Registry of Exonerations, 2012, p. 6.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARR, N.; COOPER, G. Identifying How an Individual Becomes a Suspect: A Needed Addition to the Innocence Literature. *The Wrongful Conviction Law Review*, vol. 4, n. 1, p. 48-70. 2023. doi:10.29173/wclawr90

BOCHENEK, Antônio C; Zanoni, Luciana. Rede de inovação do poder judiciário brasileiro: histórico dos laboratórios de inovação na justiça federal e a relação com os objetivos de desenvolvimento sustentável. *Revista Humanidades e Inovação*, v.8, n.47, p. 23-32, 2021.

BOTTINO, Thiago e PRATES, Fernanda: Os megaprocessos e os riscos de condenações injustas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 58 n. 232 p. 87-106 out./dez. 2021.

BRAGA DAMASCENO, Fernando. A Constituição e a valoração da prova judicial: entre a indiferença e um mandamento de redução do risco de erro. *ReJuB - Revista Judicial Brasileira*, 1 (1), p. 37-59. 2021 doi: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.76>.

Braga Damasceno, Fernando. *Direito Probatório (stricto sensu): da valoração da prova*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

CANI, Luiz Eduardo; ROSA, Alexandre Morais da. *Guia para mitigação dos erros judiciários no processo penal*. Florianópolis: Emais Editora, 2022.

CARDOSO, Vitor Alexandre de Freitas e CUKIERMAN, Henrique Luiz. A abordagem sociotécnica na investigação e na prevenção de acidentes aéreos: o caso do vôo RG-254. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, v. 32, n. 115, pp. 79-98. 2007. p. 79 Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0303-76572007000100008>

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Mota Coqueiro: O Erro em Torno do Erro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33/2001, p. 261 – 274, jan - Mar / 2001.

CLEMENTINO, Marco Bruno M. Princípios da Inovação Judicial. In: LUNARDI, Fabrício; CLEMENTINO, Marco B. M (coords.). *Inovação judicial: fundamentos e práticas para uma jurisdição de alto impacto*. Brasília: ENFAM. 2021. <https://doi.org/10.54795/isbn.978-65-88022-07-8>

COLLINS, J.M.; JARVIS, J. The wrongful conviction of forensic science, *Forensic Sci. Policy Manag. An Int. J.*, 2009, p. 17–31. <https://doi.org/10.1080/19409040802624067>

DAWSON, Robert O. Joint trials of defendants in criminal cases: an analysis of efficiencies and prejudices. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 77, n. 6, p. 1.379-1.455, June 1979. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol77/iss6/2/>. <https://doi.org/10.2307/1288108>

DEKKER, Sidney. Prosecuting professional mistake: Secondary victimization and a research agenda for criminology. *Int. J. Crim. Justice Sci.*. 4. 2009

DEKKER, Sidney. The criminalization of human error in aviation and healthcare: A review. *Safety Science*, 49(2), 121–127. 2011. <https://doi.org/10.1016/j.ssci.2010.09.010>

DOTTI, Renê Ariel. O caso dos irmãos Naves. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* | vol. 8/1994, p. 184 – 197. 1994

DOYLE, James. Innocence and Prevention: Could we Build Justice Safety Centers?. *The Wrongful Conviction Law Review*, p. 253-269, 2020. <https://doi.org/10.29173/wclawr19>

DOYLE, James. Learning from error in American Criminal Justice. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 100, p. 109-148, 2010

DUCE, Maurício. Errores del sistema y condena de inocentes: nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria. In *El modelo adversarial em Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal. El modelo adversarial en Chile: ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*. Santiago: Legal Publishing, 2013. <https://doi.org/10.17141/urvio.3.2008.1073>

DUCE, Mauricio; FINDLEY, Keith A. Editorial of dossier “Wrongful convictions and prosecutions: current status, causes, correction and reparation mechanisms” - Wrongful convictions and prosecutions: an introductory overview. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 523-566, mai./ago. 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.746>

FANTL, Jeremy. Entitlement and Misleading Evidence. *Philosophy and Phenomenological Research*, p. 1-19. 2022.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para uma teoria sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. In: PAPAYANNIS, Diego et al. (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. Revisão criminal de seu âmbito no direito pátrio – inteligência da locução “sentença condenatória contrária à evidência dos autos”. *Doutrinas Essenciais Processo Penal*, v. 5, p. 965 – 977, São Paulo, 2012.

FRIEDLAND, Steven I (1990). On common sense and the evaluation of witness credibility. *Case Western Reserve Law Review*, 40 (1): 165-226. 1990.

GARRETT, Brandon. Judging innocence, *Columbia Law Rev.* 108, 2008, p. 55–142.

GARRETT, Brandon. *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674060982>

GINSBURG, Douglas H.; HUNT, Hyland. The prosecutor and post-conviction claims of innocence: DNA and beyond?, *Ohio. ST. J. Crim. L.*, 771, 2010.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23: 79-97, 2020.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Quaestio facti* (ensayos sobre prueba causalidad y acción). Lima: Palestra Editores, 2005.

GOULD, Jon B.; LEO, Richard A.. One Hundred Years Later: Wrongful Convictions After a Century of Research, 100, *J. Crim. L. & Criminology*, 825-868, 2010, p. 827.

GOULD, Jon; CARRANO, Julia; LEO, Richard; HAIL-JARES, Katie. Predicting Erroneous Convictions. *Iowa Law Review*, 99, 2013.

GROSS, Samuel R.; SHAFFER, M. Exonerations in the United States, 1989-2012: Report by the National Registry of Exonerations. *The National Registry of Exonerations*, 2012. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2092195>

HADDAD, Carlos. Velho conhecido, nova aplicação: exame de DNA pós-condenação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 187/2022. p. 95 – 120. 2022.

HOCK LAI, Ho. *A philosophy of evidence law: justice in the search for truth*. Oxford: Oxford University Press. 2008. <https://doi.org/10.3366/e1364980909001693>

HOROWITZ, Sophie. Predictably Misleading Evidence. In: SKIPPER, Mattias; STEGLICH-PETERSEN, Asbjørn (eds.). *Higher-Order Evidence: New Essays*, p. 105–123. Oxford: Oxford Academic, 2019.

HUGHES, Emily. Innocence Unmodified. *North Carolina Law Review*, v. 89, 2011

JEANGUENAT, Amy M.; DROR, Itiel E.. Human Factors Effecting Forensic Decision Making: Workplace Stress and Well-being. *Journal of forensic sciences*, 63.1. p. 258–261. 2018. <https://doi.org/10.1111/1556-4029.13533>

KARANIKAS, Nektarios; CHIONIS, Dimitrios; PLIOUTSIAS, Anastasios. (2020). “Old” and “New” Safety Thinking: Perspectives of Aviation Safety Investigators.

Safety Science. 125. 1-17. 10.1016/j.ssci.2020.104632. <https://doi.org/10.1016/j.ssci.2020.104632>

LEO, Richard; GOULD, Jon. Studying wrongful convictions: learning from social sciences. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 7, pp. 7-30, 2009

LEVERICK, F.; CHALMERS, J. Causes of wrongful conviction. In: CHALMERS, J., LEVERICK, F.; Shaw, A. (eds.). Post-Corroborator Safeguards Review Report of the Academic Expert Group. The Scottish Government, Edinburgh, pp. 30-43, 2014

LUPARIA, Luca; GRECO, Chiara. Unveiling wrongful convictions between U.S. and Italy: cross-learning from each other mistakes. *Wrongful Convictions Law Review*, v. 1, n. 1, pp. 101-123, 2020. <https://doi.org/10.29173/wclawr12>

MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*. Barcelona: Gedisa. 2008

MALEM SEÑA, Jorge F.; EZQUIAGA GANUZAS, F. Javier; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *El error judicial. La formación de los jueces*. Madrid: F.C.J.E, 2009.

MARCHI, Carlos. *Fera de Macabu: a história e o romance de um condenado à morte*. Rio de Janeiro: Record, 1998. <https://doi.org/10.5216/sig.v12i1.7120>

PATRIARCA, Riccardo; DI GRAVIO, Giulio; CIOPONEA, R. & Licu, A.. Safety intelligence: Incremental proactive risk management for holistic aviation safety performance. *Safety Science*. 2019. 118. 551-567. 10.1016/j.ssci.2019.05.040.

RIZZELLI, Lucrezia & KASSIN, Saul & GALES, Tammy. The Language of Criminal Confessions: A Corpus Analysis of Confessions Presumed True vs. Proven False. *The Wrongful Conviction Law Review*, 2, p. 205-225, 2021. <https://doi.org/10.29173/wclawr58>

ROBBENLOTT, Jennifer K. Evaluating Juries by Comparison to Judges: A Benchmark for Judging?. *Florida State University Law Review*, v. 32, p. 469-509, 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSSMO, D. Kim; POLLOCK, Joycelyn M. Confirmation bias and other systemic causes of wrongful convictions: a sentinel events perspective. *Northeastern University Law Review*, Boston, v. 11, n. 2, p. 790-835, 2019. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56a67d1e05caa777b1877b09/t/609de00f9227c964ce2c004f/1620959251663/Volume+11%2C+Issue+2.pdf>. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3413922>

SANGERO, Boaz. Safety from False Convictions. *Criminal Justice Theory Blog*. 2021. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3989119.

SCHILLING, Taís; MÜNCH, Luciane. Inovação a Serviço de um Judiciário transformador: uma perspectiva sistêmica. *ReJuB - Revista Judicial Brasileira*, v. 1, n. 1, p. 11-36. Brasília: ENFAM, 2021. <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.75>

SMIT, Nadine; MORGAN, Ruth; LAGNADO, David. A systematic analysis of misleading evidence in unsafe rulings in England and Wales. *Science & Justice*, 58, p. 128-137, 2017.

STRIDBECK, Ulf; MAGNUSSEN, Philos Svein. Prevention of Wrongful Convictions: Norwegian Legal Safeguards and the Criminal Cases Review Commission. *U. Cin. L. Rev*, v. 80, 2013, p. 8 e ss.

TAMASCELLI, Nicola; PALTRINIERI, Nicola; COZZANI, Valerio. Learning From Major Accidents: A Meta-Learning Perspective. *Safety Science*. 158. 2023. p. 5. 105984. [10.1016/j.ssci.2022.105984](https://doi.org/10.1016/j.ssci.2022.105984).

VAN DER WESTHUIZEN, J.; TSHABALALA, M.; STANZ, K. Mistakes, Errors and Failures: Their Hidden Potential in Cultural Contexts – The Power of a Professional Culture. In: Vanderheiden, E., Mayer, CH. (eds) *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-35574-6_30VANDERHEIDEN, Elisabeth; MAYER, Claude-Hélène. There Is a Crack in Everything. That's How the Light Gets in: An Introduction to Mistakes, Errors and Failure as Resources. In: VANDERHEIDEN, E.; Mayer, CH. (eds.). *Mistakes, Errors and Failures across Cultures*. Springer, 2020. https://doi.org/10.1007/978-3-030-35574-6_1

VUOLO, José Henrique. *Fundamentos da teoria dos erros*. São Paulo: Editora Edgard Blücher Ltda, 2005.

Authorship information

Fernando Braga Damasceno. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2005) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2023). Atualmente é professor integrante do quadro permanente da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e desembargador federal - Tribunal Regional Federal da 5ª Região, atuando principalmente nos seguintes temas: prova penal, formação de juízes, processo penal, investigação criminal e tribunal do júri. fernando-braga@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Editorial process dates

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

- Submission: 31/07/2023
- Desk review and plagiarism check: 04/08/2023
- Review 1: 23/08/2023
- Review 2: 23/08/2023
- Preliminary editorial decision: 15/09/2023
- Correction round return: 16/09/2023
- Final editorial decision: 20/09/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Assistant-editor: 1 (LEC)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

BRAGA DAMASCENO, Fernando. Pensando a qualidade do juízo fático-probatório: um modelo de evolução baseado no aprendizado com erros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1213-1256, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.900>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Ouvir, respeitar, proteger: recomendações para entrevista com mulheres vítimas de violência sexual

Listen, respect, protect: recommendations for interviewing women victims of sexual violence

Arielle Sagrillo Scarpatti¹


Fundação Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil
arielle.psicologia@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/5145818659583464>

 <https://orcid.org/0000-0002-9817-6527>

William Weber Cecconello²

Atitus Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
william.cecconello@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/1782277694993596>

 <https://orcid.org/0000-0001-6890-2076>

Mônica Bernardes³

Atitus Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
monicabernardes02@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/8363625999664464>


 <https://orcid.org/0000-0001-7240-1434>

-
- ¹ Psicóloga, Especialista em Terapia Cognitivo Comportamental (PUCRS), Mestre em Psicologia Social (UFES) e Ph.D. em Psicologia Forense (University of Kent). Pós-Doutorado Jr (UFRGS). Pesquisa e atua em temas como: vulnerabilidades sociais, violência(s) de gênero, masculinidade e saúde mental. Pesquisadora da Fundação Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil.
 - ² Psicólogo, Ph.D. em Psicologia Cognitiva (PUCRS), Mestre em Psicologia (PUCRS). Coordenador do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus). Professor de Psicologia na ATITUS. Pesquisa e atua na área de Psicologia do Testemunho, com o foco em processos cognitivos.
 - ³ Psicóloga (ATITUS). Mestranda em Psicologia pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da ATITUS, bolsa Capes. Pesquisadora do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus).

Sabrina Bianchini ⁴


Atitus Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
sabriniabianchini56@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/6199939255081180>

 <https://orcid.org/0000-0002-8145-7365>

Lilian Milnitsky Stein ⁵

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
stein.lilian@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5510256768554836>

 <https://orcid.org/0000-0002-2314-7369>

Resumo: A palavra da vítima tem grande relevância em casos de violência sexual, entretanto no Brasil há escassez de recomendações específicas para a realização de entrevistas nestes casos. Este artigo visa apresentar procedimentos a serem adotados em entrevistas com mulheres vítimas de violência sexual. As recomendações incluem a conscientização sobre mitos de estupro, estabelecimento de *rapport*, gravação do depoimento, e uso de relato livre e perguntas abertas. Essas práticas estão em consonância com as recomendações científicas e podem ser utilizadas para capacitar profissionais da segurança pública, a fim preservar a prova testemunhal e evitar revitimização.

PALAVRAS-CHAVE: Violência sexual; Entrevista; Direitos da Mulher; Memória.

⁴ Acadêmica de Psicologia na ATITUS Educação. Bolsista de Iniciação Científica no Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus).

⁵ Psicóloga, Ph.D. em Cognitive Psychology (University of Arizona). Pós-doutorado (Universidad de Barcelona) na área das falsas memórias. Pesquisadora associada Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus). Membro do Comitê Diretivo Internacional de Especialistas que desenvolveu um protocolo universal de entrevistas investigativas e do Grupo de Assessoramento Técnico da Convention Against Torture Initiative. Professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil.

ABSTRACT: *The victim's word has great relevance in cases of sexual violence, however in Brazil there is a lack of specific recommendations for conducting interviews in these cases. This article aims to present procedures to be adopted in interviews with women victims of sexual violence. The recommendations include raising awareness about rape myths, establishing rapport, recording the testimony, and prioritize free recall and open-ended questions. These practices are in line with scientific recommendations and can be used to train public safety professionals to preserve eyewitness evidence and avoid revictimization.*

KEYWORDS: *Sex Offenses; Interview; Women's Rights; Memory.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Vieses cognitivos do entrevistador e a necessidade de planejamento e preparação; 2. *Rapport*; 3. Memória e perguntas. Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A violência sexual é um crime que guarda certas especificidades: suas vítimas são predominantemente mulheres, e seus relatos se configuram enquanto prova fundamental para investigação e responsabilização dos envolvidos⁶. Neste contexto, caracterizado frequentemente pela ausência de provas adicionais ou testemunhas, diferentes profissionais, tais como policiais, defensores, promotores, precisam conversar com a vítima para obter informações. Processo este que, a partir da literatura da Psicologia do Testemunho, é denominado de entrevista.⁷

O Brasil possui recentes avanços no que tange a entrevistas com crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência sexual, por meio da lei que determina a entrevista como processo regido por protocolos

⁶ TIDMARSH, P. *The Whole Story: Investigating Sexual Crime—Truth, Lies and the Path to Justice*. New York, NY: Random House, 2021.

⁷ WESTERA, N. J.; KEBBELL, M. R.; MILNE, B. It is better, but does it look better? Prosecutor perceptions of using rape complainant investigative interviews as evidence. *Psychology, Crime & Law*, v. 19, n. 7, p. 595-610, 2013.

(Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017)⁸. No que tange a vítimas adultas, há a recente lei nº 14.245, também denominada Lei Mariana Ferrer⁹, voltada para a preservação da dignidade da vítima no processo.

Segundo a Lei nº 14.245, os profissionais de segurança pública deverão “zelar pela integridade física e psicológica da vítima”, sendo vedada a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos, por exemplo, exibir fotos que a vítima posta em redes sociais. É vedada ainda, a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofenda a dignidade da vítima ou de testemunhas, por exemplo, emitir opiniões de desaprovação moral das ações da vítima. Entretanto, há escassez de protocolos pautados em arcabouço científico nacional e internacional sobre o tema. Precisamente, sobre como profissionais de segurança pública devem se preparar para ouvir vítimas adultas de violência sexual. Afinal, o que os/as profissionais acreditam que aconteceu, o relacionamento que estabelecem com a vítima, e a maneira como realizam perguntas são essenciais para o resultado da entrevista.

A violência sexual pode ser descrita como qualquer ação na qual uma pessoa, valendo-se de sua posição de poder e fazendo uso de força física, coerção, intimidação ou influência psicológica, com uso ou não de armas ou substâncias, obriga outra pessoa, de qualquer sexo e idade, a ter, presenciar ou participar de interações sexuais, ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, com fins de lucro, vingança ou outra intenção¹⁰. Suas expressões mais comuns são o estupro cometido por pessoa conhecida (e.g., dentro de um relacionamento, casamento, aborto ou coabitação forçadas) e as violências sexuais cometidas por

⁸ BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Dispõe sobre a garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

⁹ BRASIL. Lei n. 14.245, 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.

¹⁰ WHO (World Health Organization). World report on violence and health. Geneva: World Health Organization, 2012.

pessoa desconhecida (e.g., tentativas de contato sexual indesejadas, estupro, importunação e assédio sexual)¹¹

A violência sexual é um crime de ocorrência significativa no Brasil. Especificamente a respeito do estupro, apenas em 2021, foram registrados 56.098 boletins de ocorrência contra meninas e mulheres no país. Considerando-se que este número se refere apenas aos casos que chegaram até as autoridades policiais, isso significa que a cada 10 minutos um estupro foi perpetrado contra esse público em território nacional. Esses dados, gerados a partir de um levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹², podem ser traduzidos em uma taxa média de estupros (contra crianças, adolescentes e mulheres adultas) de 51,8 para cada 100 mil habitantes, representando um crescimento de registros dessa forma de violação em relação ao ano anterior, 2021.

As estatísticas sugerem que apesar dos esforços de prevenção e erradicação realizados em diferentes níveis, a violência sexual permanece como um grave problema de justiça e saúde pública no país. Dados em nível global confirmam essa assertiva, na medida em que uma em cada três mulheres em todo o mundo já foi (ou está sob o risco de ser) agredida sexualmente em algum momento de sua vida (ex., United Nations Population Fund – UNFPA¹³). Scarpati e Koller¹⁴, no entanto, alertam sobre a necessidade de cautela quanto à interpretação de dados dessa natureza. Isso porque, em razão das características intrínsecas ao fenômeno da violência sexual, nem mesmo as fontes tradicionalmente consideradas confiáveis são capazes de estimar adequadamente o número de casos de ocorridos em um dado período. Deduz-se, por exemplo, que a partir de uma variedade de motivos bem documentados, que apenas

¹¹ WHO (World Health Organization). World report on violence and health. Geneva: World Health Organization, 2018.

¹² Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Arquivos 2022*.

¹³ UNFPA; UNICEF; UN WOMAN; ILO; OSRSG/VAC. *Breaking the Silence on Violence against Indigenous Girls, Adolescents and Young Women*. 2013.

¹⁴ SCARPATI, A. S.; KOLLER, S. H. Atendimento a vítimas de violência sexual: revisão da literatura acerca do treinamento de policiais. *Psico*, v. 51, n. 1, p. 1-13, 2020.

10% das vítimas revelam às autoridades competentes que sofreram tal forma de violação^{15 16 17}.

Dentre os fatores que contribuem para que as vítimas silenciem a violência sofrida estão: ameaça de vingança dos agressores, sentimentos de vergonha, medo e culpa, receio da possível divulgação do caso pela imprensa, medo de represálias, o esquecimento ou repressão das experiências de vitimização sexual¹⁸, assim como a própria opressão de gênero que coloca essas mulheres, a priori, em lugar de vulnerabilidade nesta sociedade. Como comenta Scarpatti¹⁹, as violências cometidas contra as mulheres, especialmente aquelas que marcadamente se referem à sua sexualidade, precisam ser entendidas a partir de uma perspectiva gentrificada. Isto porque, ao ser considerada uma violência de gênero, passa a exigir reflexão profunda sobre como a construção das diferenças entre os sexos se traduz na ocorrência de crimes de ordem sexual contra essa população.

Soma-se a estes fatores, a não conceituação imediata da experiência de violação sexual como estupro^{20 21}. Seja pelo fato de a agressão

¹⁵ CERQUEIRA, D. R. D. C.; COELHO, D. S. C. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Brasília: IPEA, 2014.

¹⁶ SCARPATI, A. S.; PINA, A. Cultural and moral dimensions of sexual aggression: The role of moral disengagement in men's likelihood to sexually aggress. *Aggression and Violent Behavior*, v. 37, p. 115-121, 2017.

¹⁷ VENEMA, R. Police officer schema of sexual assault reports: Real rape, ambiguous cases, and false reports. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 31, p. 1-28, 2014.

¹⁸ COURTOIS, C. *Healing the incest wound: Adult survivors in therapy*. New York: W.W Norton, 1988.

¹⁹ SCARPATI, Arielle Sagrillo. *Os mitos de estupro e a (im) parcialidade jurídica: a percepção de estudantes de direito sobre mulheres vítimas de violência sexual*. (Dissertação de Mestrado em Psicologia), Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória. 2013.

²⁰ BONDURANT, B. University women's acknowledgment of rape: Individual, situational, and social factors. *Violence Against Women*, 7, 294-314. 2001.

²¹ ORCHOWSKI, L. M.; UNTIED, A. S.; GIDY CZ, C. A. Factors associated with college women's labeling of sexual victimization. *Violence and Victims*, v. 28, n. 6, p. 940-958, 2013.

ter sido perpetrada por um conhecido ou cônjuge^{22 23}, pelo histórico de envolvimento sexual ou afetivo prévio com o perpetrador²⁴ pela não utilização de grave ameaça ou força pelo agressor²⁵ ou pelo endosso elevado de diferentes mitos de estupro por parte das vítimas (ver Orchowski et al., 2021 para revisão sobre o tema).

Outro fator importante para o silenciamento da violência sofrida elencado por Scarpati e Koller²⁶, é a desconfiança nas instituições de segurança e justiça no Brasil. Apesar da criação de espaços destinados ao atendimento humanizado de mulheres vítimas de violência (e.g. Sala Lilás) serem relevantes no cuidado das vítimas, há ainda obstáculos no atendimento desta população. Há pouco ou nenhum investimento em treinamentos e capacitações para entrevistas humanizadas e baseadas em evidências para obtenção de informações confiáveis. E, apesar de conhecerem as consequências negativas da violência sexual, profissionais de segurança pública muitas vezes tendem, ainda hoje, a apresentarem crenças e/ou comportamentos com potencial para prejudicar a investigação, além de se traduzirem em constantes experiências de vitimização secundária por parte das vítimas. Dentre eles, estão: a) interpretação inadequada do(s) comportamento(s) das vítimas durante o atendimento dos casos, b) o desconhecimento dos efeitos (deletérios) que a sua abordagem pode

²² KOSS, M. P.; DINERO, T. E.; SEIBEL, C. A.; COX, S. L. Stranger and acquaintance rape: Are there differences in the victim's experience? *Psychology of Women Quarterly*, v.12, n.1, p.1-24, 1988.

²³ LAYMAN, M. J.; GIDYCH, C. A.; LYNN, S. J. Unacknowledged versus acknowledged rape victims: Situational factors and posttraumatic stress. *Journal of Abnormal Psychology*, v.105, p.124-131, 1996.

²⁴ SHOTLAND, R. L.; GOODSTEIN, L. Sexual precedence reduces the perceived legitimacy of sexual refusal: An examination of attributions concerning date rape and consensual sex. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 18, n. 6, p. 756-764, 1992.

²⁵ ARTIME, T. M.; MCCALLUM, E.; PETERSON, Z. D. Men's acknowledgement of their sexual victimization experiences. *Psychology of Men & Masculinity*, v. 15, p. 313-323, 2014.

²⁶ SCARPATI, A. S.; KOLLER, S. H. Atendimento a vítimas de violência sexual: revisão da literatura acerca do treinamento de policiais. *Psico*, v. 51, n. 1, p. 1-13, 2020.

gerar nas pessoas atendidas e c) crenças e vieses (e.g., mitos de estupro) que impactam suas intervenções e a progressão da investigação²⁷.

A violência sexual é um crime cujo sofrimento físico e psicológico perpetrado se estende para além do momento de sua ocorrência. Diferentemente de outros crimes, casos dessa natureza usualmente carecem de testemunhas ou vestígios físicos que auxiliem na comprovação da materialidade do ato. A falta de evidências materiais faz com que o relato da vítima se torne fonte privilegiada - e por vezes, única - de informação para a investigação, ou meio de prova no julgamento. Neste cenário, para cada situação em que uma vítima é solicitada a relatar, incorre-se não apenas no risco de alguma forma de prejuízo ao seu bem-estar psicológico, mas também na maior probabilidade de distorções no relato, impactando no desfecho do caso^{28 29}

Apesar de fundamental, até o presente momento, o Brasil não possui um protocolo específico para a escuta de vítimas de violência sexual. Como providenciar uma escuta que permita obter o maior número de informações da maneira mais confiável possível, ao mesmo tempo em que reduz as chances de revitimização? Para isso, inicialmente será discutida a necessidade de preparação mental do/a entrevistador/a, como forma de evitar vieses como os mitos de estupro. Em seguida, serão apresentados os caminhos para a construção do *rapport*, técnica que visa criar uma relação de respeito e acolhimento. Por fim, são apresentadas de que forma as técnicas de relato livre e perguntas abertas podem ser formuladas para obtenção de um relato mais detalhado e fidedigno dos fatos investigados.

Ressalta-se, aqui, que a escolha pelo termo entrevista em detrimento de quaisquer outras variantes (e.g., oitiva, depoimento etc.) tem como referência a literatura científica da Entrevista Investigativa. Esta

²⁷ SCARPATI, A. S.; KOLLER, S. H. Atendimento a vítimas de violência sexual: revisão da literatura acerca do treinamento de policiais. *Psico*, v. 51, n. 1, p. 1-13, 2020.

²⁸ BULL, R.; MILNE, B. Recommendations for collecting event memory evidence. In: YARMER, E.; TENNANT, P.; POWELL, M. B. (Ed.). *Memory and Sexual Misconduct*. Routledge, 2020. p. 198-222.

²⁹ WESTERA, N. J., KEBBEL, M. R., & MILNE, B. Want a better criminal justice response to rape? Improve police interviews with complainants and suspects. *Violence against women*, 22(14), 1748-1769, 2016.

literatura endereça aspectos teóricos e práticos envolvidos na obtenção do relato de mulheres vítimas de violência sexual. Ademais, apesar do procedimento de escuta receber diferentes nomenclaturas a depender do/a entrevistador/a e da etapa em que ocorre (e.g., investigação, julgamento etc.), partilha-se de uma lógica comum: a comunicação entre indivíduos com o objetivo de obter informações.

1. VIESES COGNITIVOS DO/A ENTREVISTADOR/A E A NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO E PREPARAÇÃO

O que uma vítima de violência sexual relata não necessariamente é um detalhamento completo e objetivo do acontecido. Seu relato não é uma recordação estática, pois depende, dentre outras coisas, da maneira como a entrevista é conduzida. Neste sentido, existe uma relação entre o que o/a entrevistador/a acredita que aconteceu e quais informações ele/a considera relevantes de se obter na entrevista. Entretanto, essa escolha é influenciada tanto por vieses cognitivos, os quais podem limitar as informações obtidas, como técnicas que podem diminuir o seu impacto. Afinal, os/as profissionais envolvidos no sistema de justiça também estão sob a condição de seres humanos e, conseqüentemente, de todas suas potencialidades e limitações.

Os seres humanos tomam decisões por meio de padrões sistemáticos e irracionais. Esses padrões, também chamados de atalhos mentais, são criados para que não precisemos nos esforçar tanto ao tomar decisões no dia a dia. Com isso, criamos uma tendência de escolha e busca de informações que confirmem crenças ou ideias pré-existentes, também conhecido como viés de confirmação^{30 31 32 33}. No dia a dia, esses vieses

³⁰ ASK, K.; GRANHAG, P. A. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 2, n. 1, p. 43-63, 2005.

³¹ HILL, C.; MEMON, A.; MCGEORGE, P. The role of confirmation bias in suspect interviews: A systematic evaluation. *Legal and Criminological Psychology*, v. 13, n. 2, p. 357-371, 2008.

³² LIDÉN, M.; GRÄNS, M.; JUSLIN, P. The presumption of guilt in suspect interrogations: Apprehension as a trigger of confirmation bias and debiasing techniques. *Law and Human Behavior*, v. 42, n. 4, p.336, 2018.

³³ ROSSMO, K.; POLLOCK, J. Confirmation Bias and Other Systemic Causes of Wrongful Convictions: A Sentinel Events Perspective. *SSRN Electronic*

podem ajudar a tomar decisões de forma mais simples, no entanto, na investigação ou julgamento de crimes podem trazer prejuízos^{34 35}.

Os vieses de confirmação podem impactar na condução de uma entrevista que permita uma descrição mais acurada do ocorrido. Dentre as formas de impacto, destaca-se a busca seletiva de informações, no qual o/a entrevistador/a procura informações que confirmem sua hipótese/crença. Por exemplo, se um/a entrevistador/a acredita que a vítima está mentindo, ele/a vai buscar informações que confirmem essa crença. Ainda, o viés pode impactar na interpretação de informações, fazendo com que o/a investigador/a interprete e avalie os elementos também de forma a confirmar sua hipótese/crença. Por exemplo, se a vítima diz que estava com a pessoa suspeita do crime antes da violência ocorrer, o/a entrevistador/a pode entender que não foi um estupro, e sim uma relação com consentimento, se essa for sua crença inicial. Por fim, o viés pode contribuir para uma memória enviesada; fazendo com que o/a entrevistador/a se lembre com mais facilidade das informações que confirmam sua hipótese/crença, em detrimento daquelas que as contrariam^{36 37 38}.

Se crenças e vieses influenciam a maneira com que informações são obtidas e interpretadas, é importante verificar o conteúdo e nível destas crenças entre entrevistadores/as de vítimas de violência sexual. Nesta seara, parece importante destacar o que se convencionou chamar de ‘mitos do estupro’. Os mitos de estupro são crenças acerca do que

Journal, p. 790-835, 2019.

³⁴ FAHSING, I. A. *The making of an expert detective: Thinking and deciding in criminal investigations*. (Tese de doutorado em Psicologia) - Department of Psychology, University of Gothenburg, Gothenburg, Suécia, 2016.

³⁵ WALLACE, W. A. *The effect of confirmation bias in criminal investigative decision making*. Walden University, 2015.

³⁶ DARWINKEL, E.; POWELL, M.; TIDMARSH, P. Improving police officers' perceptions of sexual offending through intensive training. *Criminal Justice and Behavior*, v. 40, n. 8, p. 895-908, 2013.

³⁷ HILL, C.; MEMON, A.; MCGEORGE, P. The role of confirmation bias in suspect interviews: A systematic evaluation. *Legal and Criminological Psychology*, v. 13, n. 2, p. 357-371, 2008.

³⁸ O'DONOHUE, W.; CIRLUGEA, O. Controlling for confirmation bias in child sexual abuse interviews. *The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 49, n. 3, p. 200109-20, 2021.

constitui um “estupro real”, quem são suas vítimas e agressores que, apesar de inexatas e imprecisas em termos de conteúdo, são culturalmente aceitas e amplamente compartilhadas³⁹.

Especificamente sobre o seu primeiro aspecto, o “estupro real” (termo cunhado por Susan Estrich em 1987⁴⁰), os mitos induzem ao erro de imaginar que esta violação se restringe ou envolve prioritariamente alguns aspectos. Por exemplo, a penetração de um pênis em uma vagina por um agressor homem, estranho, em um local ermo, a partir do uso de força ou grave ameaça, e com consequências importantes para a integridade física da vítima. Sobre a “vítima ideal”, criam-se representações e narrativas que fomentam um estereótipo de mulher. A vítima seria jovem, branca, com emprego estável, sem histórico de adoecimento mental, reputação idônea, que tenha apresentado resistência física no momento da violência e parece visivelmente sensibilizada pela violência^{41 42}. Espera-se (ou idealize-se), ainda, que essa vítima tenha procurado – quase que imediatamente após o ocorrido – as autoridades. Por fim, sobre o “agressor verídico” ou “real”, imagina-se que seja um sujeito estranho à vítima, e portador de algum adoecimento psíquico que justifique o seu comportamento.

Como mencionado na definição do termo, esses mitos não estão, necessariamente, alinhados com a realidade dos casos. Na prática, o que se identifica são ofensas cometidas por sujeitos conhecidos, em um local familiar, sem utilização de força física e com possível histórico de relações afetivas e/ou sexuais consensuais prévias entre os envolvidos. Além disso, contrariando expectativas, as vítimas quase nunca apresentam

³⁹ PETERSON, Z. D.; MUEHLENHARD, C. L. Was it rape? The function of women's rape myth acceptance and definitions of sex in labeling their own experiences. *Sex Roles*, v. 51, n. 3-4, p. 129-144, 2004.

⁴⁰ ESTRICH, S. *Real rape*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.

⁴¹ DU MONT, J., MILLER, K. L., & MYHR, T. L. The role of “real rape” and “real victim” stereotypes in the police reporting practices of sexually assaulted women. *Violence Against Women*, v. 9, n. 4., 466–486. 2003.

⁴² ORCHOWSKI, L. M.; UNTIED, A. S.; GIDYCH, C. A. Factors associated with college women's labeling of sexual victimization. *Violence and Victims*, v. 28, n. 6, p. 940–958, 2013.

marcas reais ou evidentes da violência sofrida, raramente conseguem reagir à agressão no momento de sua ocorrência e poucas são aquelas que denunciam o ocorrido⁴³.

Essa discrepância entre o que se espera de uma violência sexual (i.e., mitos de estupro) e os fatos transcorridos têm uma série de desdobramentos adversos. A autorresponsabilização das vítimas pelo ocorrido, a não nomeação das experiências de vitimização como tal, e dificuldade para autorreconhecimento dos autores da violência neste papel (ver Scarpati, 2018 para revisão) são alguns dos exemplos mais recorrentes. Além disso, sugere-se que profissionais envolvidos no atendimento deste público presumam como falsas as alegações de violência sexual em casos como os de estupro marital, estupro em contexto de relacionamento, casos envolvendo profissionais do sexo ou autores com elevado poder aquisitivo ou status social, simplesmente por elas não preenchem os critérios do que seria “esperado” para uma agressão desta natureza^{44 45}.

O endosso de diferentes níveis de mitos de estupro, por agentes das áreas de segurança e justiça tem contribuído, historicamente, para o *case attrition* (i.e., número de prisões que não resultam em condenação ou condenação resultante de acusações reduzidas) e para a violência institucional. Profissionais com maior aderência aos mitos de estupro tendem a ter menor percepção de credibilidade e maior atribuição de culpa à vítima. Além disso, a crença nos mitos de estupro gera comprometimento na qualidade do relacionamento entre profissional e sobreviventes. Por exemplo, leva à adoção de uma postura de desconfiança, descrença, insensibilidade e ceticismo do/a entrevistador/a para com o relato da vítima. Estes efeitos são ainda maiores quando as vítimas não relatam sua vitimização imediatamente após a ocorrência, ou, quando

⁴³ ORCHOWSKI, L. M.; UNTIED, A. S.; GIDY CZ, C. A. Factors associated with college women’s labeling of sexual victimization. *Violence and Victims*, v. 28, n. 6, p. 940–958, 2013.

⁴⁴ BERRY-CABAN, C. S. et al. Perceived and collective norms associated with sexual violence among male soldiers. *Journal of Family Violence*, v. 35, p. 339-347, 2020.

⁴⁵ ORCHOWSKI, L. M.; UNTIED, A. S.; GIDY CZ, C. A. Factors associated with college women’s labeling of sexual victimization. *Violence and Victims*, v. 28, n. 6, p. 940–958, 2013.

seus casos desafiam as expectativas em torno de uma violação sexual (e.g. a vítima não apresentou resistência física durante a violência)^{46 47}.

Os mitos de estupro afetam atores do sistema de justiça e até mesmo jurados/as, de modo que jurados/as com maior endosso de diferentes mitos tem menor probabilidade de acreditar em um relato de estupro^{48 49 50}. Assim, há uma profecia autorrealizável, visto que heurísticas individuais sobre como um estupro acontece e quem são as pessoas envolvidas influenciam nas decisões tomadas e práticas adotadas sobre a violência sexual, formado um ‘ciclo vicioso’ no qual crimes e vítimas que fogem ao padrão estipulado estão mais vulneráveis a serem desacreditadas⁵¹. Outro aspecto que pode enviesar o processo de entrevista é a percepção de que a denúncia é, a priori, falsa.

As percepções sobre a existência de falsas acusações de estupro são, muito provavelmente, superestimadas tanto pelo público leigo e pelos profissionais. Uma amostra composta por 40 policiais envolvidos no atendimento de casos de estupro no em 2020 apontou, por exemplo, que 53% acreditam em falsas alegações por parte das vítimas⁵². Dados dessa

⁴⁶ CAPERS, B. *Real women, real rape*. *UCLA Law Review*, v. 60, p. 826–882, 2012.

⁴⁷ HINE, B.; MURPHY, A. The influence of “High” vs. “Low” rape myth acceptance on police officers’ judgements of victim and perpetrator responsibility, and rape authenticity. *Journal of Criminal Justice*, v. 60, p. 100-107, 2019.

⁴⁸ MCKIMMIE, B.; MASSER, B.; BONGIORNO, R. What counts as rape? The effect of offense prototypes, victim stereotypes, and participant gender on how the complaint and defendant are perceived. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 29, p. 2273-2303, 2014.

⁴⁹ PARRATT, K. A.; PINA, A. From “real rape” to real justice: A systematic review of police officers’ rape myth beliefs. *Aggression and Violent Behavior*, v. 34, p. 68–83, 2017.

⁵⁰ VENEMA, R. Police officer schema of sexual assault reports: Real rape, ambiguous cases, and false reports. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 31, p. 1–28, 2014.

⁵¹ GARZA, A. D.; FRANKLIN, C.A. The effect of RMA Endorsement on Police Responses to Sexual Assault Survivors. *Violence Against Women*, v. 27, n. 3-4, p. 552-573, 2021.

⁵² ORCHOWSKI, L.M.; BOGEN, K.W.; BERKOWITZ, A. False reporting of sexual victimization: Prevalence, definitions, and public perceptions. In: GEFNER, R.; WHITE, J.W.; HAMBERGER, L.K.; ROSENBAUM, A.; VAUGHAN-EDEN, V.; VIETH, V.I. (Eds). *Handbook of interpersonal violence and abuse*

natureza indicam, contudo, um cenário bem diferente. Uma análise de mais de 80 mil casos de estupro (N = 85.000) incluídos na *Uniform Crime Report of the Federal Bureau of Investigation* entre os anos de 2006 e 2010 nos Estados Unidos indicam, por exemplo, que apenas 5% dos casos de estupro poderiam ser identificados como “falsas acusações” ou acusações infundadas e insuficientes para que se prosseguisse com o caso. Outros estudos⁵³ da mesma natureza sugerem taxas de falsas acusações variando entre 2,1% e 10,3%. Não se deseja, com isso, recomendar que toda denúncia seja tratada como inerentemente verdadeira. Afinal, tal postura teria o potencial de se desdobrar em condenação até mesmo de casos em que a violência não foi perpetrada (e.g., no exemplo supracitado, tal atitude resultaria em 4.250 condenações de inocentes). Mas, é ressaltada a importância de buscar entender que vieses, para ambos os lados, prejudicam a obtenção de informações e o sistema de justiça como um todo.

A existência de uma única hipótese acerca do ocorrido tem o potencial de limitar o número de informações a serem obtidas e afetar a solução adequada para o caso. Assim, para mitigar o viés de confirmação é preciso minimizar os efeitos da intuição do/a entrevistador/a. Não supondo, por exemplo, que os indícios ou relatos de vítimas, testemunhas ou suspeitos sejam intencionalmente fabricados ou não confiáveis. De forma semelhante, não se deve simplesmente aceitar provas que pareçam incriminatórias, mas também buscar alternativas que forcem ao ceticismo. É importante que o/a entrevistador/a mantenha contato ativo com o caso, por meio da verificação de hipóteses que contradizem as crenças iniciais e auxílio de outros/as profissionais não envolvidos no caso, que podem trazer novas perspectivas^{54 55}.

across the lifespan: A project of the National Partnership to End Interpersonal Violence Across the Lifespan (NPEIV). New York: Springer Nature, 2021.

⁵³ FERGUSON, C. E.; MALOUFF, J. M. Assessing police classifications of sexual assault reports: A meta-analysis of false reporting rates. *Archives of Sexual Behavior*, v. 45, n. 5, p. 1185–1193, 2016.

⁵⁴ BURKE, A. Neutralizing cognitive bias: An invitation to prosecutors. *NYUJL & Liberty*, v. 2, p. 512, 2006.

⁵⁵ FAHSING, I. A. *The making of an expert detective: Thinking and deciding in criminal investigations*. (Tese de doutorado em Psicologia) - Department of Psychology, University of Gothenburg, Gothenburg, Suécia, 2016.

Sendo a entrevista um momento de obtenção do relato, é necessário que se busque explorá-la de maneira ativa⁵⁶. Por isso, o/a entrevistador/a deve refletir sobre o contexto da investigação e estar preparado para entrar em contato com detalhes que, em razão de seu conteúdo altamente pessoal, podem envolvê-lo/a emocionalmente no caso. Reflexões sobre como a entrevista pode se desenrolar e como as necessidades psicológicas potenciais do/a entrevistado/a podem ser acomodadas, devem orientar o desenvolvimento de um plano. O planejamento da entrevista envolve tanto a estrutura, quanto o conteúdo abordado e a preparação mental do/a entrevistador/a. Cabe também realizar treinamentos para os/as profissionais responsáveis por ouvir as vítimas. Por exemplo, um treinamento de quatro semanas por meio de aulas expositivas e simulações com 77 policiais da Austrália⁵⁷ demonstrou uma diminuição na percepção de que a vítima era responsável pela violência sexual, bem como um aumento dos níveis de credibilidade do seu relato.

Os vieses cognitivos e crenças pessoais influenciam a entrevista, mesmo antes do/a entrevistador/a entrar em contato com a pessoa entrevistada. Estes vieses podem ser mitigados por estratégias e treinamentos que podem diferir de acordo com o momento em que são realizadas, mas visam tornar o/a entrevistador/a capaz de reconhecer suas limitações. Assim como desenvolver a habilidade de explorar hipóteses alternativas para evitar influência pessoal no caso.

2. RAPPORT

Relatar uma violência sexual envolve verbalizar uma situação traumática para uma ou mais pessoas desconhecidas, em um ambiente no qual não se está habituada. O primeiro contato entre o/a entrevistador/a e a pessoa a ser entrevistada pode ser determinante para o desenvolvimento da entrevista. Por exemplo, se o/a entrevistador/a iniciar

⁵⁶ BURKE, A. Neutralizing cognitive bias: An invitation to prosecutors. *NYUJL & Liberty*, v. 2, p. 512, 2006.

⁵⁷ DARWINKEL, E.; POWELL, M.; TIDMARSH, P. Improving police officers' perceptions of sexual offending through intensive training. *Criminal Justice and Behavior*, v. 40, n. 8, p. 895-908, 2013.

o contato já desacreditando da vítima e buscando desmentir seu relato pode levar com que esta deixe de relatar informações relevantes para o caso. Elaborando mais profundamente este fenômeno, recorre-se ao que a literatura denomina como ciclos de suspeita e simpatia.

O ciclo de suspeita⁵⁸ ocorre quando a) um/a agente apresenta uma predisposição para não acreditar nas vítimas; b) e comunica a sua suspeita à vítima; c) por não se sentir acreditada, a vítima não participa plena e ativamente do processo de investigação e, não se sentindo confortável, d) passa a se portar de modo resistente e é vista como não cooperativa. Como resultado, e) o/a agente responsável pela sua escuta sente que suas suspeitas são justificadas. O ciclo de simpatia⁵⁹, por sua vez, ocorre quando os/as agentes responsáveis/a) interagem com um suspeito que apresenta características como ser (ou aparentar ser) agradável, crível, calmo (especialmente em comparação com a vítima) e, portanto, não preenche o estereótipo de “estuprador típico” ou ainda, b) quando o acusado desenvolve uma relação e um vínculo com a equipe de investigação por se mostrar capaz de proferir uma história plausível sobre o ocorrido.

O ciclo de suspeita e simpatia pode resultar em dois efeitos: menor cooperação por parte das vítimas (já que elas percebem os/as agentes como aliados do agressor) e maiores níveis de conforto, por parte dos autores da violência, para interagirem com os/as agentes⁶⁰. Argumenta-se, neste sentido, que o ciclo de suspeita possa levar as vítimas a desmentirem seus depoimentos iniciais, a fim de encerrarem o processo e evitarem, desta maneira, a investigação que pareceria caminhar para uma inversão

⁵⁸ LONSWAY, K. A. Trying to move the elephant in the living room: Responding to the challenge of false rape reports. *Violence Against Women*, v.16, n.12, p.1356-1371, 2010.

⁵⁹ LONSWAY, K. A.; ARCHAMBAULT, J.; BERKOWITZ, A. False reports: Moving beyond the issue to successful investigate and prosecute non-stranger sexual assault. End Violence Against Women International OnLine Training Institute (OLTI), 2018.

⁶⁰ ORCHOWSKI, L.M.; BOGEN, K.W.; BERKOWITZ, A. False reporting of sexual victimization: Prevalence, definitions, and public perceptions. In: GEFNER, R.; WHITE, J.W.; HAMBERGER, L.K.; ROSENBAUM, A.; VAUGHAN-EDEN, V.; VIETH, V.I. (Eds). *Handbook of interpersonal violence and abuse across the lifespan: A project of the National Partnership to End Interpersonal Violence Across the Lifespan (NPEIV)*. New York: Springer Nature, 2021.

de papéis entre vítima e agressor. O que se busca em uma entrevista é um tratamento respeitoso aos envolvidos, utilizando técnicas que facilitem o processo de comunicação, e conseqüentemente a cooperação e relato de informações. Neste sentido, o *rapport* tem se mostrado essencial para o engajamento de vítimas durante o relato, bem como para reduzir sentimentos negativos durante o processo.

Rapport é um termo utilizado para se referir a um conjunto de atitudes presentes em uma comunicação efetiva. Para Tickle-Degnen e Rosenthal⁶¹, o *rapport* é resultado de três componentes: a atenção mútua entre o/a entrevistador/a e entrevistada; a positividade (evitar sentimentos negativos e de valoração); e coordenação (demonstrar que é capaz de compreender o que a entrevistada quer dizer). Segundo esta teoria, o *rapport* é estabelecido à medida em que a entrevistada percebe que o/a entrevistador/a está atento/a ao seu relato, busca estabelecer uma relação cordial, e tenta compreender genuinamente este relato.

Há diferentes recomendações práticas que podem ser treinadas para estabelecer o *rapport*, mas que são dependentes de um processo dinâmico, que difere de acordo com a vítima, entrevistador/a, e momento que a entrevista é realizada. Uma forma de iniciar o *rapport* consiste em estimular a para que a pessoa entrevistada relate sobre uma situação neutra, tais como observações sobre o trajeto até a delegacia ou interesses em comum com o/a entrevistador/a. Além de auxiliar a vítima a se ambientar ao espaço, tópicos neutros também contribuem para que ela se sinta mais confortável e segura. O objetivo é que a vítima entenda que será ouvida adequadamente e que se acostume com a dinâmica de entrevista⁶². Entretanto, essa recomendação pode ter o efeito contrário se a vítima já inicia o contato buscando relatar o fato e o/a entrevistador/a a interrompe especificamente para falar sobre tópicos neutros.

Sabe-se que o tempo é um limitador do trabalho dos agentes devido a alta demanda de casos, assim como a falta de um ambiente adequado para a realização de entrevistas. Neste sentido, cabe estabelecer protocolos

⁶¹ TICKLE-DEGNEN, L.; ROSENTHAL, R. The nature of *rapport* and its nonverbal correlates. *Psychological inquiry*, v. 1, n. 4, p. 285-293, 1990.

⁶² ALI, M. M. et al. Australian stakeholders' views on improving investigative interviews with adult sexual assault complainants. *Psychiatry, Psychology and Law*, v. 26, n. 5, p. 724-739, 2019.

adaptados para diferentes profissionais que realizam a entrevista, incorporando os elementos de atenção mútua, positividade e coordenação. Por exemplo, orientar a vítima acerca dos processos e procedimentos, à medida que o/a profissional se apresenta, explica os direitos e detalhes do processo de entrevista. Estes cuidados podem auxiliar a diminuir a ansiedade e tensão da vítima e estabelecer a coordenação, ou seja, a compreensão compartilhada acerca do processo de investigação⁶³. De maneira complementar, deve-se atentar à relevância de reconhecimento e legitimação das necessidades emocionais da entrevistada. Uma das formas para atender a estas necessidades é permitir que sejam feitas pausas quando os sentimentos se tornarem difíceis de administrar, e entendimento de expectativas de conduta e condução do caso atreladas ao gênero do entrevistador.

Uma vez estabelecidas técnicas e procedimentos determinantes para estabelecer o *rapport*, não há, com base na literatura científica, uma diferença de desempenho entre entrevistadores homens e mulheres ainda que a literatura sugira, em alguns momentos, que homens tendam a apresentar maior nível de concordância com o conteúdo dos mitos de estupro quando comparados com mulheres. Isso porque, apesar de diferenças significativamente estatísticas encontradas, também é sabido que mulheres não rejeitem completamente o seu conteúdo^{64 65}.

⁶³ RISAN, P.; BINDER, P. E.; MILNE, R. J. Establishing and maintaining *rapport* in investigative interviews of traumatized victims: A qualitative study. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, v. 12, n. 4, p. 372-387, 2018.

⁶⁴ SCARPATI, Arielle Sagrillo. *Os mitos de estupro e a (im) parcialidade jurídica: a percepção de estudantes de direito sobre mulheres vítimas de violência sexual*. (Dissertação de Mestrado em Psicologia), Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES. 2013.

⁶⁵ A identificação feminina com uma cultura que expressa a crença de que os homens têm direito a uma posição dominante se traduz ora com uma atribuição equânime de responsabilidade à vítima, ora diferenciada (CHAPLEAU, K. M.; OSWALD, D. L. A system justification view of sexual violence: Legitimizing gender inequality and reduced moral outrage are connected to greater rape myth acceptance. *Journal of Trauma & Dissociation*, v. 15, n. 2, p. 204-218, 2014). Resultados de Grubb e Harrower (GRUBB, A.; HARROWER, J. Attribution of blame in cases of rape: An analysis of participant gender, type of rape and perceived similarity to the victim. *Aggression and violent behavior*, v. 13, n. 5, p. 396-405, 2008), por exemplo, sugerem que mulheres tendem a atribuir menos culpa à vítima do que os homens. Scarpati (SCARPATI, Arielle

Para os autores Lonsway e Archambault⁶⁶, sempre que possível e por uma questão de política interna, qualquer vítima que solicite uma oficial mulher deveria ser respeitada em sua escolha, mesmo que homens e mulheres possam ser bem-sucedidos nesta interação. Para aquelas que não solicitam espontaneamente este contato, por sua vez, sugere-se seguir o atendimento com o/a profissional disponível no momento. Não apresentando, portanto, essa opção, na medida em que tal postura pode ser lida como rejeição ou uma tentativa de evitar o caso. Em suma, a competência e a empatia utilizados de maneira técnica por meio do *rappport* são muito mais importantes do que o gênero para determinar a eficácia de sua atuação.

Cabe considerar também que muitas agências de aplicação da lei sequer possuem um contingente de profissionais suficiente para implementar de forma realista uma política de atendimento realizada somente por profissionais mulheres. Além disso, algumas vítimas se sentem mais seguras e calmas na presença de profissionais do sexo masculino, b) outras sentem que é importante entrar em contato com uma figura masculina compassiva após a agressão sexual e, c) para muitas profissionais, o contato com vítimas serve como gatilho para suas próprias histórias de vitimização⁶⁷. Por fim, Lonsway e Archambault⁶⁸ indicam que as vítimas parecem responder melhor a profissionais que demonstram competência e empatia, independentemente do gênero. Sem treinamento eficaz, não

Sagrillo. *Os mitos de estupro e a (im) parcialidade jurídica: a percepção de estudantes de direito sobre mulheres vítimas de violência sexual*. (Dissertação de Mestrado em Psicologia), Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória. 2013), por sua vez, não encontrou diferenças estatisticamente significativas para essa dimensão.

⁶⁶ LONSWAY, K. A.; ARCHAMBAULT, J. Should Sexual Assault Victims Be Interviewed by Female Officers and Detectives? *End Violence Against Women International*, 2020. Disponível em: https://evawintl.org/wp-content/uploads/2022-01_TB-Officer-Gender.pdf Acesso em: 20 de mai. de 2023.

⁶⁷ LONSWAY, K. A.; ARCHAMBAULT, J. Should Sexual Assault Victims Be Interviewed by Female Officers and Detectives? *End Violence Against Women International*, 2020.

⁶⁸ LONSWAY, K. A.; ARCHAMBAULT, J. Should Sexual Assault Victims Be Interviewed by Female Officers and Detectives? *End Violence Against Women International*, 2020. Disponível em: https://evawintl.org/wp-content/uploads/2022-01_TB-Officer-Gender.pdf Acesso em: 20 de mai. de 2023.

há razão para acreditar que mulheres terão mais sucesso do que homens na investigação de agressão sexual. Por isso a importância de capacitação adequada e atualizada.

Estabelecer o *rapport* é fundamental para estabelecer confiança, construir um relacionamento profissional de respeito, auxiliar as testemunhas a lembrarem de mais informações, e aumentar a cooperação⁶⁹. A ausência de *rapport* pode levar a relatos pouco detalhados e menor cooperação da vítima durante o restante do processo^{70 71}. Estudos empíricos demonstram que o uso do *rapport* pode auxiliar para que entrevistas resultem em maior quantidade de informações fidedignas^{72 73}. A qualidade da entrevista baseada em *rapport* é resultado da redução de sentimentos negativos, construção de uma relação de respeito e melhor uso de recursos cognitivos por parte das vítimas⁷⁴.

Para Lonsway⁷⁵, relatos percebidos como falsos podem ser “fabricados” simplesmente como resultado de táticas de investigação enviesadas ou malconduzidas, como aquelas orientadas por mitos de estupro,

⁶⁹ ABBE, A.; BRANDON, S. E. The role of *rapport* in investigative interviewing: A review. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 10, n. 3, p. 237-249, 2013.

⁷⁰ KIECKHAEFER, J. M.; VALLANO, J. P.; SCHREIBER COMPO, N. Examining the positive effects of *rapport* building: When and why does *rapport* building benefit adult eyewitness memory? *Memory*, v. 22, n. 8, p. 1010-1023, 2014.

⁷¹ VALLANO, J. P.; COMPO, N. S. A comfortable witness is a good witness: *Rapport*-building and susceptibility to misinformation in an investigative mock-crime interview. *Applied cognitive psychology*, v. 25, n. 6, p. 960-970, 2011.

⁷² KIECKHAEFER, J. M.; VALLANO, J. P.; SCHREIBER COMPO, N. Examining the positive effects of *rapport* building: When and why does *rapport* building benefit adult eyewitness memory? *Memory*, v. 22, n. 8, p. 1010-1023, 2014.

⁷³ RISAN, P.; BINDER, P. E.; MILNE, R. J. Establishing and maintaining *rapport* in investigative interviews of traumatized victims: A qualitative study. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, v. 12, n. 4, p. 372-387, 2018.

⁷⁴ KIECKHAEFER, J. M.; VALLANO, J. P.; SCHREIBER COMPO, N. Examining the positive effects of *rapport* building: When and why does *rapport* building benefit adult eyewitness memory? *Memory*, v. 22, n. 8, p. 1010-1023, 2014.

⁷⁵ LONSWAY, K. A. Trying to move the elephant in the living room: Responding to the challenge of false rape reports. *Violence Against Women*, v.16, n.12, p.1356-1371, 2010.

e afetam a condução de uma entrevista⁷⁶. Ainda que o relato represente uma experiência verídica de vitimização. O emprego de escuta ativa é um cuidado especial para que as perguntas realizadas não acabem por prejudicar a recordação de informações importantes para a elucidação do caso⁷⁷.

Em suma, a percepção de altos níveis de concordância com diferentes mitos de estupro e a sequência de interações de tratamento insensível entre os/as envolvidos/as, contribuem para que vítimas se recusem a participar ou cooperar com a polícia⁷⁸. Além disso, os mitos e o tratamento recebido podem comprometer o processo de recordação e relato do ocorrido. Assim, uma vez que sejam minimizados efeitos de vieses, e estabelecido um clima de cooperação por meio do *rapport*, o/a entrevistador/a estará pronto para obter o relato da vítima.

3. MEMÓRIA E PERGUNTAS

O relato de uma vítima de violência sexual é resultado dos procedimentos utilizados para obtê-lo. Neste sentido, perguntas utilizadas de maneira inadequada podem limitar o relato, e até mesmo induzir falsas memórias⁷⁹. Sendo a memória um indício/prova importante para entender o que ocorreu, os profissionais responsáveis por coletar e analisar esses relatos devem ter conhecimento acerca das propriedades desta memória, bem como os métodos adequados para coletá-la.

⁷⁶ ORCHOWSKI, L.M.; BOGEN, K.W.; BERKOWITZ, A. False reporting of sexual victimization: Prevalence, definitions, and public perceptions. In: GEFNER, R.; WHITE, J.W.; HAMBERGER, L.K.; ROSENBAUM, A.; VAUGHAN-EDEN, V.; VIETH, V.I. (Eds). *Handbook of interpersonal violence and abuse across the lifespan: A project of the National Partnership to End Interpersonal Violence Across the Lifespan (NPEIV)*. New York: Springer Nature, 2021.

⁷⁷ KIM, S.; ALISON, L.; CHRISTIANSEN, P. Observing *rapport*-based interpersonal techniques to gather information from victims. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 26, n. 2, p. 166–175, 2020.

⁷⁸ GARZA, A. D.; FRANKLIN, C.A. The effect of RMA Endorsement on Police Responses to Sexual Assault Survivors. *Violence Against Women*, v. 27, n. 3-4, p. 552-573. 2021.

⁷⁹ WEBSTER, W. S.; OXBURGH, G. E.; DANDO, C. J. The use and efficacy of question type and an attentive interviewing style in adult rape interviews. *Psychology, Crime & Law*, v. 27, n. 7, p. 656-677, 2021.

A memória é um processo no qual informações são codificadas, armazenadas e recordadas. A codificação se refere à percepção de uma informação por diferentes sentidos, como o rosto do agressor, sua voz, cheiros e sensações sentidas. O armazenamento é o processo em que esta informação codificada é registrada no cérebro após o crime, a qual se dá no intervalo entre o crime e prestar o depoimento. A recuperação, por sua vez, é o retorno dessa informação à consciência, que ocorre ao relatar o fato⁸⁰.

Do ponto de vista cognitivo, recordar uma violência sexual, pode ser semelhante a passar pela experiência traumática novamente. Isso porque, a memória a ser acessada neste contexto, denominada memória episódica, atua como uma “viagem mental no tempo”, no qual as sinapses dos estímulos codificados durante o crime são ativadas, (e.g. sons, imagens, cheiros, entre outros). Assim, estas memórias estressantes podem ser lembradas de maneira muito vívida, com alta carga emocional (i.e., *flashbulb memories*⁸¹). Diferente das outras formas de memória, estas memórias são mais ricas em detalhes, no entanto, estão tão propensas a erros e processos reconstrutivos quanto recordações sem alta carga emocional.

Ainda que os efeitos deletérios da recordação de uma violência sexual possam ser amenizados por meio do *rappport*, o trauma ou estresse não garantem que toda a memória recordada seja verdadeira⁸². Embora memórias com alta carga emocional estejam menos propensas a serem esquecidas, elas não são imunes ao esquecimento de detalhes, ou da recordação de aspectos que não ocorreram⁸³. Afinal, contrariando discursos de senso comum, a memória não é como uma ‘gravação de vídeo’, na qual é possível de ser assistida repetidamente e da exata maneira que foi filmada. A memória é, na verdade, a soma de impulsos elétricos

⁸⁰ BADDELEY, A. D.; ANDERSON, M. C.; EYSENCK, M. W. *Memória* [Memory]. Tradução de Carolina Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

⁸¹ DOLCOS, F.; KATSUMI, Y.; DENKOVA, E.; DOLCOS, S. Factors Influencing Opposing Effects of Emotion on Cognition: A Review of Evidence from Research on Perception and Memory. *Springer Series in Cognitive and Neural Systems*, p. 297-341, 2017.

⁸² HOHL, K.; CONWAY, M. A. Memory as evidence: How normal features of victim memory lead to the attrition of rape complaints. *Criminology & Criminal Justice*, v. 17, n. 3, p. 248-265, 2017.

⁸³ STEIN, Lilian M. *Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed Editora, 2009.

no cérebro moldados para recordar informações a fim de possibilitar o aprendizado e sobrevivência. A memória é, portanto, maleável, e o armazenamento e recuperação de seu conteúdo são processos contínuos e passíveis de modificação⁸⁴.

Em um estudo, Peace e colegas⁸⁵ solicitaram que 44 mulheres vítimas de violência sexual com histórico documentado, relatassem memórias para três tipos de eventos: um evento emocional positivo, como a formatura e presentes inesperados; um trauma não sexual, como morte de um ente querido, acidente; e um abuso ou agressão sexual. As participantes deveriam relatar eventos que aconteceram na mesma faixa etária que a violência sexual, e para cada evento, foram convidadas a escrever tudo que pudessem se lembrar, com o máximo de detalhes. As memórias de traumas sexuais continham a maior quantidade de detalhes, mais componentes emocionais, um grau mais alto de vivacidade e informações sensoriais. Assim, tanto subjetiva quanto objetivamente, as memórias sexuais podem perdurar com qualidade anos ou décadas após o evento. Entretanto, o relato de violência sexual foi menos detalhado quando havia passado mais tempo. Por outro lado, memórias sexualmente traumáticas foram associadas às maiores taxas de problemas de memória autorrelatados e alegações de esquecimento, em relação a outros tipos de memória⁸⁶

A recordação confiável de um evento traumático depende de diversos fatores. Por exemplo, em indivíduos saudáveis, as memórias de eventos traumáticos tendem a ser incompletas, fragmentadas e desorganizadas; enquanto indivíduos que não desenvolveram o transtorno tendem a apresentar narrativas mais lineares⁸⁷. Em uma entrevista, as

⁸⁴ CECCONELLO, W. W.; DE AVILA, G. N.; STEIN, L. M. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

⁸⁵ PEACE, K. A.; PORTER, S.; BRINKE, L. T. Are memories for sexually traumatic events “special”? A within-subjects investigation of trauma and memory in a clinical sample. *Memory*, v. 16, n. 1, p. 10-21, 2008.

⁸⁶ PEACE, K. A.; PORTER, S.; BRINKE, L. T. Are memories for sexually traumatic events “special”? A within-subjects investigation of trauma and memory in a clinical sample. *Memory*, v. 16, n. 1, p. 10-21, 2008.

⁸⁷ RISAN, P.; MILNE, R.; BINDER, P. E. Trauma narratives: recommendations for investigative interviewing. *Psychiatry Psychology Law*, v. 27, n. 4, p. 678-694, 2020.

informações emocionais podem auxiliar na descrição, uma vez que as narrativas de trauma são frequentemente dominadas por detalhes emocionais e sensoriais⁸⁸. Por outro lado, estas lembranças podem resultar em experiências de ansiedade que, por sua vez, limitam o relato^{89 90}. Relatos de trauma diferem em sua quantidade de informações e linearidade, mas, contrariando o senso comum, isto não está relacionado com sua confiabilidade^{91 92}.

Outro fator que deve ser levado em consideração ao entrevistar vítimas de violência sexual é a maleabilidade da memória. A cada tentativa de recuperar o seu registro inicial, a memória pode ser modificada (e.g., inserir novas informações). Isso significa que, embora para a memória seja tratada como uma prova repetível em contextos de Segurança e Justiça, do ponto de vista cognitivo, isto não se aplica inteiramente: sempre que uma vítima acessa a memória antiga, ela pode ser modificada e, da mesma forma, memórias de eventos que nunca ocorreram podem ser criadas^{93 94}.

Um fator que influencia na alteração ou criação de novas memórias é a sugestibilidade e o uso de perguntas sugestivas. Perguntas sugestivas

⁸⁸ CRESPO, M.; FERNÁNDEZ-LANSAC, V. Memory and narrative of traumatic events: A literature review. *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, v. 8, n. 2, p. 149, 2016.

⁸⁹ DERAKSHAN, N.; EYSENCK, M. W. Anxiety, processing efficiency, and cognitive performance: New developments from attentional control theory. *European Psychologist*, v. 14, n. 2, p. 168-176, 2009.

⁹⁰ KIECKHAEFER, J. M.; VALLANO, J. P.; SCHREIBER COMPO, N. Examining the positive effects of rapport building: When and why does rapport building benefit adult eyewitness memory?. *Memory*, v. 22, n. 8, p. 1010-1023, 2014.

⁹¹ ELLISON, L., & MUNRO, V. E. Taking trauma seriously: Critical reflections on the criminal justice process. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 21, n. 3., p. 183-208. 2017.

⁹² RISAN, P.; MILNE, R.; BINDER, P. E. Trauma narratives: recommendations for investigative interviewing. *Psychiatry Psychology Law*, v. 27, n. 4, p. 678-694, 2020.

⁹³ CECCONELLO, W. W.; DE AVILA, G. N.; STEIN, L. M. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018.

⁹⁴ ELSEY, J.; KINDT, M. Manipulating Human Memory Through Reconsolidation: Ethical Implications of a New Therapeutic Approach. *AJOB Neuroscience*, v. 7, n. 4, 225-236. 2016.

são perguntas que possuem conteúdo não relatado anteriormente pela vítima ou que, de alguma maneira, sugerem a resposta esperada pelo entrevistador (e.g. “Sentiu dor quando ele passou a mão em você?”, “Ele estava com arma?”). Essas perguntas trazem uma indicação de resposta esperada e orientam para respostas de ‘sim ou não’, gerando efeitos negativos para o relato. Estas perguntas podem ainda direcionar o relato da pessoa entrevistada e, assim, resultar em informações limitadas e não confiáveis (e.g., passar a lembrar que o suspeito estava com arma). Mais ainda, a opção por perguntas sugestivas pode direcionar a vítima a uma postura de silêncio ou respostas incertas. Para além de prejudicar a entrevista, informações provindas de perguntas sugestivas podem contaminar a investigação e até mesmo tirar a credibilidade do relato da vítima^{95 96 97}.

Em uma entrevista, as perguntas elaboradas devem ser abertas, a fim de possibilitar que o/a entrevistado/a forneça um relato livre, ou seja, descreva o máximo de informações possíveis em suas próprias palavras⁹⁸. Ainda que haja o ensejo de pautar a entrevista por meio de quesitos específicos (e.g., houve penetração?), perguntas abertas resultam não apenas em informações mais confiáveis, mas também mais detalhadas. Sugere-se, então, o uso do relato livre, no qual a entrevistada é encorajada a relatar tudo que se recorda, sem interrupções, sugestões e/ou perguntas, baseando-se apenas em sua própria memória. Isto porque, as memórias mais fidedignas que alguém consegue relatar são aquelas descritas em suas próprias palavras e sem interrupções⁹⁹. O relato livre

⁹⁵ BULL, R.; MILNE, B. Recommendations for collecting event memory evidence. In: YARMER, E.; TENNANT, P.; POWELL, M. B. (Ed.). *Memory and Sexual Misconduct*. Abingdon: Routledge, 2020.

⁹⁶ CECCONELLO, W. W.; MILNE, R.; STEIN, L. M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, p. 489-510, 2022.

⁹⁷ LOFTUS, E. F. Leading questions and the eyewitness report. *Cognitive Psychology*, v.7, n.4, p.560-572, 1975.

⁹⁸ DODIER, O.; DENAULT, V. The Griffiths Question Map: A forensic tool for expert witnesses' assessments of witnesses and victims' statements. *Journal of forensic sciences*, v. 63, n. 1, p. 266-274, 2018.

⁹⁹ BULL, R.; MILNE, B. Recommendations for collecting event memory evidence. In: YARMER, E.; TENNANT, P.; POWELL, M. B. (Ed.). *Memory and Sexual Misconduct*. p. 198-222., Abingdon Routledge, 2020.

pode ser incentivado por meio de ações verbais (e.g., “e o que mais?”) e não verbais, como assentir com a cabeça enquanto a vítima relata. Ao incentivar o relato livre e perguntas abertas, tende-se a obter as informações que seriam inicialmente estipuladas em quesitos derivados de perguntas fechadas¹⁰⁰.

O uso de perguntas auxilia na obtenção de informações que não foram obtidas durante o relato livre, devendo ser priorizadas. Perguntas como “me conte mais sobre isso” ou “descreva” “você me disse que ele estava na cozinha quando você chegou, me conte mais sobre isso?” são exemplos eficientes de perguntas abertas. As perguntas abertas permitem que a entrevistada recorde informações da memória, enquanto outros tipos de perguntas geralmente oferecem a possibilidade de escolher um tópico ou uma sugestão do/a entrevistador/a. Em caso de alguma informação não ser obtida no relato livre e nas perguntas abertas, podem ser utilizadas perguntas específicas. Este tipo de pergunta busca obter uma informação específica como tempo e lugar, geralmente envolvendo “o quê”, “quem”, “onde”, “como”. Deve-se evitar começar a entrevista com esse tipo de questionamento, pois são obtidas menos informações da pessoa entrevistada, de modo que a resposta se limita somente o que foi perguntado. Assim, as perguntas específicas devem ocorrer somente ao fim do relato livre, e quando as perguntas abertas já foram utilizadas^{101 102}.

Há também as perguntas fechadas, as quais devem ser utilizadas somente em situações já relatadas pela pessoa entrevistada. São perguntas para esclarecer alguma dúvida do/a entrevistador/a, como por exemplo “você me disse que ele te empurrou, isso foi antes ou depois de vocês discutirem?”. Após o uso de perguntas, é imprescindível que o/a

¹⁰⁰ WESTERA, N. J.; KEBBELL, M. R.; MILNE, B. It is better, but does it look better? Prosecutor perceptions of using rape complainant investigative interviews as evidence. *Psychology, Crime & Law*, v. 19, n. 7, p. 595-610, 2013.

¹⁰¹ CLARKE, C.; MILNE, R. *A national evaluation of the PEACE Investigative Interviewing Course*. London: Home office, 2001.

¹⁰² LAMB, M. E. et al. A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol. *Child abuse & neglect*, v. 31, n. 11-12, p. 1201-1231, 2007.

entrevistador/a retome o estímulo ao relato livre. O uso das perguntas fechadas não deve ocorrer sobre tópicos não relatados anteriormente pela entrevistada, podendo resultar assim em informações errôneas e levar a pessoa a responder afirmativamente a perguntas sobre eventos não vivenciados^{103 104}.

Cabe salientar que embora seja popularizada a alegação de que é possível detectar mentiras por meio da observação do comportamento não verbal, há um grande número de evidências que demonstram não haver suporte para esta afirmativa¹⁰⁵. Por isso, mesmo nos casos em que se acredita ter evidências de que o relato da vítima é falso, recomenda-se o uso do *rapport*, o relato livre e perguntas abertas. De um lado, porque à medida que a vítima é incentivada a detalhar informações de maneira aberta, podem-se obter informações provindas da memória episódica que auxiliam na verificação da confiabilidade do relato. De outro, porque relatos deliberadamente fabricados tendem a apresentar diferenças à medida em que é esperado que a pessoa tenha preparado alguma parte do relato, mas não totalmente^{106 107 108 109}. Assim, ao estimular o relato livre

¹⁰³ CLARKE, C.; MILNE, R. *A national evaluation of the PEACE Investigative Interviewing Course*. London: Home office, 2001.

¹⁰⁴ LAMB, M. E. et al. A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol. *Child abuse & neglect*, v. 31, n. 11-12, p. 1201-1231, 2007.

¹⁰⁵ VRIJ, A.; HARTWIG, M.; GRANHAG, P. A. Reading lies: Nonverbal communication and deception. *Annual review of psychology*, v. 70, n. 1, p. 295-317, 2019.

¹⁰⁶ BULL, R.; MILNE, B. Recommendations for collecting event memory evidence. In: YARMER, E.; TENNANT, P.; POWELL, M. B. (Ed.). *Memory and Sexual Misconduct*. p. 198-222., Abingdon: Routledge, 2020.

¹⁰⁷ CECCONELLO, W. W.; BERNARDES, M.; STEIN, L. M. Existe o efeito Pí-nóquio na detecção de mentiras? In: SAMPAIO, D. (Org.). *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*, p. 141-148. Curitiba: Appris., 2021.

¹⁰⁸ LANCASTER, G. L. et al. Sorting the liars from the truth tellers: The benefits of asking unanticipated questions on lie detection. *Applied Cognitive Psychology*, v.27, n.1, p.107-114, 2013.

¹⁰⁹ WESTERA, N. J., KEBBEL, M. R., & MILNE, B. Want a better criminal justice response to rape? Improve police interviews with complainants and suspects. *Violence against women*, v.22, n.14, 1748-1769, 2016.

e perguntas abertas, possibilita-se a verificação espontânea de contradições que não seriam identificadas através do uso de perguntas fechadas. O foco principal de uma entrevista não é a detecção de mentiras, mas sim a obtenção de relatos mais detalhados sobre fatos vividos.

Por fim, recomenda-se que o registro do relato ocorra em áudio e vídeo, visto que entrevistas reduzidas a um termo escrito apresentam limitações como: a) distorção ou omissão de informações mencionadas pela testemunha¹¹⁰, b) inviabilização da checagem do uso de técnicas inadequadas, e c) prejuízo na qualidade do relato pela redução de energia investida na manutenção do *rapport*¹¹¹. O registro por outras vias, por outro lado, possibilita não apenas o registro completo das informações, mas também a avaliação crítica do uso de perguntas durante a entrevista. Permitindo, pois, que as partes, ou mesmo terceiros, possam avaliar uma eventual contaminação do depoimento (e.g., uso de perguntas sugestivas). Ademais, a gravação também possibilita que os profissionais possam ser supervisionados e, de modo último, aperfeiçoados em suas práticas¹¹².

Argumenta-se, então, sobre a importância de que se preze para que as relações firmadas, as perguntas realizadas, e a interpretação dos fatos, ocorram de maneira a não contaminar, direcionar ou até mesmo impedir o relato da vítima. Afinal, o endosso a diferentes mitos de estupro, bem como interações desajustadas entre profissionais e vítimas contribuem não apenas para que elas se recusem a participar ou cooperar em um processo

¹¹⁰ DALTON, G. et al. 'He was just your typical average guy': Examining how person descriptions are elicited by frontline police officers. *Applied Cognitive Psychology*, v. 35, n. 2, p. 517-525, 2021.

¹¹¹ RAMOS, V. P. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal: Três propostas sobre o que fazer. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, 2022.

¹¹² CECCONELLO, W. W.; MILNE, R.; STEIN, L. M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, p. 489-510, 2022.

de investigação, mas também tem potencial para contaminar provas, gerar revitimização e dificultar o trabalho do sistema de justiça^{113 114 115}.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo apresentou procedimentos a serem adotados em entrevistas realizadas com mulheres vítimas de violência sexual. Esta escolha se baseia no reconhecimento de como a natureza constitutiva de comportamentos considerados por uma dada sociedade como machistas se traduz na vitimização desproporcional de mulheres. Considerando, pois, o marcador gênero como uma variável de extrema relevância para a construção de soluções de prevenção, intervenção e cuidado.

Neste sentido, faz-se mister destacar que nenhum treinamento se propõe – ou deveria se propor – a eliminar práticas sexistas nos sistemas de segurança e justiça brasileiros; mas dirimir a interferência destes vieses através da aplicação de metodologias específicas de entrevista e acolhimento. Possibilitando, portanto, melhor qualidade e maior quantidade de informações do evento vivido, bem como a criação de um ambiente de escuta orientado por uma lógica de respeito e acolhimento.

As recomendações aqui apresentadas se alicerçam nas contribuições da literatura da Psicologia do Testemunho (i.e., área do saber que possui consolidação científica e replicação em diferentes países, por meio de protocolos de entrevista como o PEACE e NICH^{116 117}). E servem

¹¹³ DERAKSHAN, N.; EYSENCK, M. W. Anxiety, processing efficiency, and cognitive performance: New developments from attentional control theory. *European Psychologist*, v. 14, n. 2, p. 168-176, 2009.

¹¹⁴ GARZA, A. D.; FRANKLIN, C.A. The effect of RMA Endorsement on Police Responses to Sexual Assault Survivors. *Violence Against Women*, v.27, n.3-4, p. 552-573. 2021.

¹¹⁵ KIECKHAEFER, J. M.; VALLANO, J. P.; SCHREIBER COMPO, N. Examining the positive effects of *rapport* building: When and why does *rapport* building benefit adult eyewitness memory? *Memory*, v. 22, n. 8, p. 1010-1023, 2014.

¹¹⁶ CLARKE, C.; MILNE, R. A national evaluation of the PEACE Investigative Interviewing Course (p. 187). London: Home office, 2001

¹¹⁷ GRIFFITHS, A.; MILNE, B. Will it all end in tiers? Police interviews with suspects in Britain. In: DAVIDSON, J.; GÖTZELMANN, K. (Ed.). *Investigative interviewing*. p. 189-211. London: Willan Publishing, 2013.

como diretrizes para a elaboração de protocolos mais estruturados e que incluam desde o planejamento e preparação mental do/a entrevistador/a, a consideração de variáveis cognitivas (e.g., vieses e mitos de estupro), a importância do clima de cooperação para com a vítima, até mesmo a natureza das perguntas que podem auxiliar a verificar a veracidade dos alegados fatos. Reduzindo, pois, a ocorrência e impacto de falsas memórias.

Como já ocorre no Brasil com a entrevista com crianças vítimas e testemunhas de violência, argumenta-se que o estabelecimento de diretrizes técnicas contribui para a coleta de informações confiáveis. Neste sentido, o artigo visou contribuir com técnicas que podem auxiliar no estabelecimento de um protocolo que também auxilie para que o/a profissional evite manifestação sobre circunstâncias alheias aos fatos de apuração nos autos, e a utilização de linguagem, informações ou materiais que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. Auxiliando, de modo último, na aplicação da lei n° 14.245.

Em acordo com o exposto, reforçamos reconhecendo que o processo de relato de uma experiência de vitimização sexual é um desafio importante para todos os envolvidos. Sejam eles vítimas, suspeitos, testemunhas (quando existem) e/ou profissionais. Por isso, a atenção aos métodos utilizados para obtenção de dados é basilar a importância de protocolos e programas de treinamento para policiais, defensores, promotores e juízes, com mecanismos de avaliação não pode ser negligenciada. Por meio de recomendações baseadas em evidência, apresentamos, então, a Psicologia do Testemunho como um recurso auxiliar no processo da obtenção relatos detalhados sobre os eventos, redução de ocorrências de revitimização e preservação os registros da memória.

REFERÊNCIAS

- ABBE, A.; BRANDON, S. E. The role of *rapport* in investigative interviewing: A review. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 10, n. 3, p. 237-249, 2013. <https://doi.org/10.1002/jip.1386>
- ALI, M. M. et al. Australian stakeholders' views on improving investigative interviews with adult sexual assault complainants. *Psychiatry, Psychology and Law*, v. 26, n. 5, p. 724-739, 2019. <https://doi.org/10.1080/13218719.2019.1618748>

ARTIME, T. M.; MCCALLUM, E.; PETERSON, Z. D. Men's acknowledgement of their sexual victimization experiences. *Psychology of Men & Masculinity*, v. 15, p. 313–323, 2014. <https://doi.org/10.1037/a0033376>

ASK, K; GRANHAG, P. A. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, v. 2, n. 1, p. 43-63, 2005. <https://doi.org/10.1002/jip.19>

BADDELEY, A. D.; ANDERSON, M. C.; EYSENCK, M. W. *Memória* [Memory]. Tradução de Carolina Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BERRY-CABAN, C. S. et al. Perceived and collective norms associated with sexual violence among male soldiers. *Journal of Family Violence*, v. 35, p. 339-347, 2020. <https://doi.org/10.1007/s10896-019-00096-6>

BONDURANT, B. University women's acknowledgment of rape: Individual, situational, and social factors. *Violence Against Women*, 7, 294–314. 2001. <https://doi.org/10.1177/1077801201007003004>

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm Acesso em: 30 de jun. de 2023.

BRASIL. Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. Dispõe sobre a garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm Acesso em: 30 de jun. de 2023

BRASIL. Lei n. 14.245, 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm Acesso em 02 de julho de 2023.

BULL, R.; MILNE, B. Recommendations for collecting event memory evidence. In: YARMER, E.; TENNANT, P.; POWELL, M. B. (Ed.). *Memory and Sexual Misconduct*. p. 198-222., Abingdon: Routledge, 2020. <https://doi.org/10.4324/9780429027857-8>

BURKE, A. Neutralizing cognitive bias: An invitation to prosecutors. *NYUJL & Liberty*, v. 2, p. 512, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228167056_Neutralizing_Cognitive_Bias_An_Invitation_to_Prosecutors Acesso em: 29 de jun. de 2023.

CAPERS, B. Real women, real rape. *UCLA Law Review*, v. 60, p. 826–882, 2012. Disponível em: <https://www.uclalawreview.org/pdf/60-4-1.pdf> Acesso em: 29 de jun. de 2023.

CHAPLEAU, K. M.; OSWALD, D. L. A system justification view of sexual violence: Legitimizing gender inequality and reduced moral outrage are connected to greater rape myth acceptance. *Journal of Trauma & Dissociation*, v. 15, n. 2, p. 204-218, 2014. <https://doi.org/10.1080/15299732.2014.867573>.

CECCONELLO, W. W.; MILNE, R.; STEIN, L. M. Oitivas e interrogatórios baseados em evidências: considerações sobre entrevista investigativa aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, p. 489-510, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.665>.

CECCONELLO, W. W.; DE AVILA, G. N.; STEIN, L. M. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>.

CECCONELLO, W. W.; BERNARDES, M.; STEIN, L. M. Existe o efeito Pinóquio na detecção de mentiras? In: SAMPAIO, D. (Org.). *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*, p. 141-148. Curitiba: Appris, 2021.

CERQUEIRA, D. R. D. C.; COELHO, D. S. C. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar). Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5780> Acesso em: 18 de jun. de 2023.

CLARKE, C.; MILNE, R. *A national evaluation of the PEACE Investigative Interviewing Course*. London: Home office, 2001.

COURTOIS, C. *Healing the incest wound: Adult survivors in therapy*. New York: W.W Norton, 1988.

CRESPO, M.; FERNÁNDEZ-LANSAC, V. Memory and narrative of traumatic events: A literature review. *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy*, v. 8, n. 2, p. 149, 2016. <https://doi.org/10.1037/tra0000041>

DALTON, G. et al. ‘He was just your typical average guy’: Examining how person descriptions are elicited by frontline police officers. *Applied Cognitive Psychology*, v. 35, n. 2, p. 517-525, 2021. <https://doi.org/10.1002/acp.3778>

DARWINKEL, E.; POWELL, M.; TIDMARSH, P. Improving police officers’ perceptions of sexual offending through intensive training. *Criminal Justice and Behavior*, v. 40, n. 8, p. 895-908, 2013. <https://doi.org/10.1177/0093854813475348>

DERAKSHAN, N.; EYSENCK, M. W. Anxiety, processing efficiency, and cognitive performance: New developments from attentional control

theory. *European Psychologist*, v. 14, n. 2, p. 168-176, 2009. <https://doi.org/10.1027/1016-9040.14.2.168>

DODIER, O.; DENAULT, V. The Griffiths Question Map: A forensic tool for expert witnesses' assessments of witnesses and victims' statements. *Journal of forensic sciences*, v. 63, n. 1, p. 266-274, 2018. <https://doi.org/10.1111/1556-4029.13477>

DOLCOS, F.; KATSUMI, Y.; DENKOVA, E.; DOLCOS, S. Factors Influencing Opposing Effects of Emotion on Cognition: A Review of Evidence from Research on Perception and Memory. *Springer Series in Cognitive and Neural Systems*, p. 297-341, 2017. https://doi.org/10.1007/978-3-319-29674-6_14

DU MONT, J., MILLER, K. L., & MYHR, T. L. The role of “real rape” and “real victim” stereotypes in the police reporting practices of sexually assaulted women. *Violence Against Women*, v. 9, n. 4., 466–486. 2003. <https://doi.org/10.1177/1077801202250960>

DUDLEY, S. F. Paved with good intentions: Title IX campus sexual assault proceedings and the creation of admissible victim statements. *Golden Gate University Law Review*, 46, 117. 2016. <https://doi.org/10.14418/wes01.1.1511>

ELLISON, L., & MUNRO, V. E. Taking trauma seriously: Critical reflections on the criminal justice process. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 21, n. 3., p. 183-208. 2017. <https://doi.org/10.1177/1365712716655168>

ELSEY, J.; KINDT, M. Manipulating Human Memory Through Reconsolidation: Ethical Implications of a New Therapeutic Approach. *AJOB Neuroscience.*, v. 7, n. 4, 225-236, 2016. <https://doi.org/10.1080/21507740.2016.1218377>

ESTRICH, S. *Real rape*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987.

FAHSING, I. A. *The making of an expert detective: Thinking and deciding in criminal investigations*. (Tese de doutorado em Psicologia) - Department of Psychology, University of Gothenburg, Gothengurg, Suécia, 2016.

FERGUSON, C. E.; MALOUFF, J. M. Assessing police classifications of sexual assault reports: A meta-analysis of false reporting rates. *Archives of Sexual Behavior.*, v. 45, n. 5, p. 1185–1193, 2016. <https://doi.org/10.1007/s10508-015-0666-2>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Arquivos 2022*. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/ano/2022/> Acesso em: 29 de jun. de 2023.

GARZA, A. D.; FRANKLIN, C.A. The effect of RMA Endorsement on Police Responses to Sexual Assault Survivors. *Violence Against Women*, v. 27, n. 3-4, p. 552-573, 2021. <https://doi.org/10.1177/1077801220911460>

GRIFFITHS, A.; MILNE, B. Will it all end in tiers? Police interviews with suspects in Britain. In: DAVIDSON, J.; GÖTZELMANN, K. (Ed.). *Investigative interviewing*. p. 189-211. London: Willan Publishing, 2013.

GRUBB, A.; HARROWER, J. Attribution of blame in cases of rape: An analysis of participant gender, type of rape and perceived similarity to the victim. *Aggression and violent behavior*, v. 13, n. 5, p. 396-405, 2008. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2008.06.006>.

HILL, C.; MEMON, A.; MCGEORGE, P. The role of confirmation bias in suspect interviews: A systematic evaluation. *Legal and Criminological Psychology*, v. 13, n. 2, p. 357-371, 2008. <https://doi.org/10.1348/135532507x238682>

HINE, B.; MURPHY, A. The influence of “High” vs. “Low” rape myth acceptance on police officers’ judgements of victim and perpetrator responsibility, and rape authenticity. *Journal of Criminal Justice*, v. 60, p. 100-107, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2018.08.001>

HOHL, K.; CONWAY, M. A. Memory as evidence: How normal features of victim memory lead to the attrition of rape complaints. *Criminology & Criminal Justice*, v. 17, n. 3, p. 248-265, 2017. <https://doi.org/10.1177/1748895816668937>

KIECKHAEFER, J. M.; VALLANO, J. P.; SCHREIBER COMPO, N. Examining the positive effects of *rapport* building: When and why does *rapport* building benefit adult eyewitness memory?. *Memory*, v. 22, n. 8, p. 1010-1023, 2014. <https://doi.org/10.1080/09658211.2013.864313>

KIM, S.; ALISON, L.; CHRISTIANSEN, P. Observing *rapport*-based interpersonal techniques to gather information from victims. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 26, n. 2, p. 166–175, 2020. <https://doi.org/10.1037/law0000222>

KOSS, M. P.; DINERO, T. E.; SEIBEL, C. A.; COX, S. L. Stranger and acquaintance rape: Are there differences in the victim’s experience? *Psychology of Women Quarterly*, v.12, n.1, p.1-24, 1988. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1471-6402.1988.tb00924.x>

LAMB, M. E. et al. A structured forensic interview protocol improves the quality and informativeness of investigative interviews with children: A review of research using the NICHD Investigative Interview Protocol. *Child abuse & neglect*, v. 31, n. 11-12, p. 1201-1231, 2007. <https://doi.org/10.1016/j.chiabu.2007.03.021>

LANCASTER, G. L. et al. Sorting the liars from the truth tellers: The benefits of asking unanticipated questions on lie detection. *Applied Cognitive Psychology*, v.27, n.1, p.107-114, 2013. <http://dx.doi.org/10.1002/acp.2879>.

LAYMAN, M. J.; GIDY CZ, C. A.; LYNN, S. J. Unacknowledged versus acknowledged rape victims: Situational factors and posttraumatic stress. *Journal of Abnormal Psychology*, v.105, p.124-131, 1996. <http://dx.doi.org/10.1037//0021-843x.105.1.124>

LIDÉN, M.; GRÄNS, M.; JUSLIN, P. The presumption of guilt in suspect interrogations: Apprehension as a trigger of confirmation bias and debiasing techniques. *Law and Human Behavior*, v.42, n.4, p.336, 2018. <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000287>

LOFTUS, E. F. Leading questions and the eyewitness report. *Cognitive Psychology*, v.7, n.4, p.560-572, 1975. [http://dx.doi.org/10.1016/0010-0285\(75\)90023-7](http://dx.doi.org/10.1016/0010-0285(75)90023-7).

LONSWAY, K. A. Trying to move the elephant in the living room: Responding to the challenge of false rape reports. *Violence Against Women*, v.16, n.12, p.1356-1371, 2010. <http://dx.doi.org/10.1177/1077801210387750>

LONSWAY, K. A.; ARCHAMBAULT, J.; BERKOWITZ, A. False reports: Moving beyond the issue to successful investigate and prosecute non-stranger sexual assault. *End Violence Against Women International OnLine Training Institute (OLTI)*, 2018. Disponível em: <https://www.nsvrc.org/sites/default/files/publications/2018-10/Lisak-False-Reports-Moving-beyond.pdf> Acesso em: 28 de jun. de 2023.

LONSWAY, K. A.; ARCHAMBAULT, J. Should Sexual Assault Victims Be Interviewed by Female Officers and Detectives? *End Violence Against Women International*, 2020. Disponível em: https://evawintl.org/wp-content/uploads/2022-01_TB-Officer-Gender.pdf Acesso em: 20 de mai. de 2023.

MCKIMMIE, B.; MASSER, B.; BONGIORNO, R. What counts as rape? The effect of offense prototypes, victim stereotypes, and participant gender on how the complaint and defendant are perceived. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 29, p. 2273-2303, 2014. <http://dx.doi.org/10.1177/0886260513518843>

O'DONOHUE, W.; CIRLUGEA, O. Controlling for confirmation bias in child sexual abuse interviews. *The journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, v. 49, n. 3, p. 200109-20, 2021. <https://doi.org/10.29158/JAAPL.200109-20>

ORCHOWSKI, L. M.; UNTIED, A. S.; GIDY CZ, C. A. Factors associated with college women's labeling of sexual victimization. *Violence and Victims*, v. 28, n. 6, p. 940-958, 2013. <http://dx.doi.org/10.1891/0886-6708.VV-D-12-00049>

ORCHOWSKI, L.M.; BOGEN, K.W.; BERKOWITZ, A. False reporting of sexual victimization: Prevalence, definitions, and public perceptions. In: GEFFNER, R.; WHITE, J.W.; HAMBERGER, L.K.; ROSENBAUM, A.; VAUGHAN-EDEN, V.; VIETH, V.I. (Eds). *Handbook of interpersonal violence and abuse across the lifespan: A project of the National Partnership to End Interpersonal Violence Across the Lifespan (NPEIV)*. New York: Springer Nature, 2021.

PARRATT, K. A.; PINA, A. From “real rape” to real justice: A systematic review of police officers’ rape myth beliefs. *Aggression and Violent Behavior*, v. 34, p. 68–83, 2017 <https://doi.org/10.1016/j.avb.2017.03.005>

PETERS, U. What Is the Function of Confirmation Bias?. *Erkenntnis*, v. 87, p. 1351–1376, 2022. <https://doi.org/10.1007/s10670-020-00252-1>

PEACE, K. A.; PORTER, S.; BRINKE, L. T. Are memories for sexually traumatic events “special”? A within-subjects investigation of trauma and memory in a clinical sample. *Memory*, v. 16, n. 1, p. 10-21, 2008. <https://doi.org/10.1080/09658210701363583>.

RAMOS, V. P. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal: Três propostas sobre o que fazer. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.740>.

PETTERSON, Z. D.; MUEHLENHARD, C. L. Was it rape? The function of women’s rape myth acceptance and definitions of sex in labeling their own experiences. *Sex Roles*, v. 51, n. 3-4, p. 129-144, 2004. <https://doi.org/10.1023/b:sers.0000037758.95376.00>

RISAN, P.; BINDER, P. E.; MILNE, R. J. Establishing and maintaining rapport in investigative interviews of traumatized victims: A qualitative study. *Policing: A Journal of Policy and Practice*, v. 12, n. 4, p. 372-387, 2018. <https://doi.org/10.1093/police/pax031>

RISAN, P.; MILNE, R.; BINDER, P. E. Trauma narratives: recommendations for investigative interviewing. *Psychiatry Psychology Law*, v. 27, n. 4, p. 678-694, 2020. <https://doi.org/10.1080/13218719.2020.1742237>

ROSSMO, K.; POLLOCK, J. Confirmation Bias and Other Systemic Causes of Wrongful Convictions: A Sentinel Events Perspective. *SSRN Electronic Journal*, 2019, p. 790-835. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3413922>

SCARPATI, Arielle Sagrillo. *Os mitos de estupro e a (im) parcialidade jurídica: a percepção de estudantes de direito sobre mulheres vítimas de violência sexual*. (Dissertação de Mestrado em Psicologia), Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória. 2013. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/3071/1/Arielle-Sagrillo-Scarpatti-2013-trabalho.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2023.

SCARPATI, Arielle S. The role of culture and morality on men’s acceptance of sexual aggression myths and perpetration of rape in Brazil and the United Kingdom. University of Kent, Kent, UK, 2018. <https://10.22024/UniKent/01.02.66644>

SCARPATI, A. S.; PINA, A. Cultural and moral dimensions of sexual aggression: The role of moral disengagement in men's likelihood to sexually aggress. *Aggression and Violent Behavior*, v. 37, p. 115-121, 2017. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2017.09.001>

SCARPATI, A. S.; KOLLER, S. H. Atendimento a vítimas de violência sexual: revisão da literatura acerca do treinamento de policiais. *Psico*, v. 51, n. 1, p. 1-13, 2020. <https://doi.org/10.15448/1980-8623.2020.1.32435>

STEIN, L. M. *Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed Editora, 2009.

SEXUAL ASSAULT KIT INITIATIVE. Trauma-informed communication: What to expect when interacting with victims of sexual assault and trauma. Washington, DC: SAKI Toolkit: Bureau of Justice Assistance, 2020. Disponível em: <https://sakitta.org/toolkit/docs/Trauma-Informed-Communication-Pamphlet.pdf> Acesso em: 14 abr. 2023.

SHOTLAND, R. L.; GOODSTEIN, L. Sexual precedence reduces the perceived legitimacy of sexual refusal: An examination of attributions concerning date rape and consensual sex. *Personality and Social Psychology Bulletin*, v. 18, n. 6, p. 756-764, 1992. <https://doi.org/10.1177/0146167292186012>

STRAND, R. The Forensic Experiential Trauma Interview (FETI). *United States Army Military Police School*. 2015. Disponível em: <http://www.mncasa.org/assets/PDFs/FETI%20-%20Public%20Description.pdf>

TICKLE-DEGNEN, L.; ROSENTHAL, R. The nature of rapport and its nonverbal correlates. *Psychological inquiry*, v. 1, n. 4, p. 285-293, 1990. https://doi.org/10.1207/s15327965pli0104_1

TIDMARSH, P. *The Whole Story: Investigating Sexual Crime—Truth, Lies and the Path to Justice*. New York, NY: Random House, 2021.

UNFPA; UNICEF; UN WOMAN; ILO; OSRSG/VAC. *Breaking the Silence on Violence against Indigenous Girls, Adolescents and Young Women*. 2013. Disponível em: <https://www.unfpa.org/resources/breaking-silence-violence-against-indigenous-girls-adolescents-and-young-women> Acesso em: 28 de jun. de 2023.

VALLANO, J. P.; COMPO, N. S. A comfortable witness is a good witness: Rapport-building and susceptibility to misinformation in an investigative mock-crime interview. *Applied cognitive psychology*, v. 25, n. 6, p. 960-970, 2011. https://doi.org/10.1207/s15327965pli0104_1

VENEMA, R. Police officer schema of sexual assault reports: Real rape, ambiguous cases, and false reports. *Journal of Interpersonal Violence*, v. 31, p. 1-28, 2014. <https://doi.org/10.1177/0886260514556765>

VRIJ, A.; HARTWIG, M.; GRANHAG, P. A. Reading lies: Nonverbal communication and deception. *Annual review of psychology*, v. 70, n. 1, p. 295-317, 2019. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010418-103135>

WALLACE, W. A. The effect of confirmation bias in criminal investigative decision making. *Walden University*, 2015. Disponível em: <https://scholarworks.waldenu.edu/dissertations/407> Acesso em: 26 de abr. de 2023.

WEBSTER, W. S.; OXBURGH, G. E.; DANDO, C. J. The use and efficacy of question type and an attentive interviewing style in adult rape interviews. *Psychology, Crime & Law*, v. 27, n. 7, p. 656-677, 2021. <https://doi.org/10.1080/1068316x.2020.1849694>

WESTERA, N. J.; KEBBELL, M. R.; MILNE, B. It is better, but does it look better? Prosecutor perceptions of using rape complainant investigative interviews as evidence. *Psychology, Crime & Law*, v. 19, n. 7, p. 595-610, 2013. <https://doi.org/10.1080/1068316x.2012.656119>

WESTERA, N. J., KEBBEL, M. R., & MILNE, B. Want a better criminal justice response to rape? Improve police interviews with complainants and suspects. *Violence against women*, 22(14), 1748-1769, 2016 <https://doi.org/10.1177/1077801216631439>

WHO (World Health Organization). (2012). *World report on violence and health*. Geneva: World Health Organization. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42495/9241545615_eng.pdf Acesso em: 15 de abr. de 2023.

WHO (World Health Organization). (2018). *World report on violence and health*. Geneva: World Health Organization. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274641/9789241565615-eng.pdf> Acesso em: 15 de abr. de 2023.

Informações adicionais e declarações dos autores

Arielle Scarpati. Psicóloga, Especialista em Terapia Cognitivo Comportamental (PUCRS), Mestre em Psicologia Social (UFES) e Ph.D. em Psicologia Forense (University of Kent). Pós-Doutorado Jr (UFRGS). Pesquisa e atua em temas como: vulnerabilidades sociais, violência(s) de gênero, masculinidade e saúde mental. Pesquisadora da Fundação Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil. arielle.psicologia@gmail.com

William Cecconello. Psicólogo, Ph.D. em Psicologia Cognitiva (PUCRS), Mestre em Psicologia (PUCRS). Coordenador do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus). Professor de Psicologia na ATITUS. Pesquisa e atua na área de Psicologia do Testemunho, com o foco em processos cognitivos. william.cecconello@gmail.com

Mônica Bernardes. Psicóloga (ATITUS). Mestranda em Psicologia pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da ATITUS, bolsa Capes. Pesquisadora do Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus). monicabernardes02@gmail.com

Sabrina Bianchini. Acadêmica de Psicologia na ATITUS Educação. Bolsista de Iniciação Científica no Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus). sabrinabianchini56@gmail.com

Lilian Stein. Psicóloga, Ph.D. em Cognitive Psychology (University of Arizona). Pós-doutorado (Universidad de Barcelona) na área das falsas memórias. Pesquisadora associada Laboratório de Ensino e Pesquisa em Cognição e Justiça (CogJus). Membro do Comitê Diretivo Internacional de Especialistas que desenvolveu um protocolo universal de entrevistas investigativas e do Grupo de Assessoramento Técnico da Convention Against Torture Initiative. Professora na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil. stein.lilian@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors Arielle Scarpati, William Ceconello, Mônica Bernardes, Sabrina Bianchini e Lilian Stein 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.

- *Arielle Scarpati:* conceptualization, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editin. final version approval.
- *William Ceconello:* conceptualization, investigation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Mônica Bernardes:* investigation, writing – original draft, validation, final version approval.

- *Sabrina Bianchini*: conceptualization, investigation, writing – original draft, validation, final version approval.
- *Lilian Stein*: validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors Arielle Scarpati, William Cecconello, Mônica Bernardes, Sabrina Bianchini e Lilian Stein assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 18/04/2023
- Desk review and plagiarism check: 04/05/2023
- Review 1: 21/05/2023
- Review 2: 30/05/2023
- Review 3: 05/06/2023
- Preliminary editorial decision: 22/06/2023
- Correction round return: 18/07/2023
- Final editorial decision: 11/08/2023

Equipe editorial envolvida

- Editor-in-chief: (VGV)
- Assistant-editor: 1 (LEC)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL)

SCARPATI, Arielle S.; CECCONELLO, William.; BERNARDES, Mônica.; BIANCHINI, Sabrina A.; STEIN, Lilian M. Ouvir, respeitar, proteger: recomendações para entrevista com mulheres vítimas de violência sexual. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1257-1296, set.-dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.851>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Sexual Consent and Epistemic Partiality in Rape Fact-Finding

Consentimento Sexual e Parcialidade Epistêmica em Investigações de Estupro

Talita Ferrantelli¹

London School of Economics, London, England

t.ferrantelli@lse.ac.uk

 <https://orcid.org/0000-0003-1147-0633>

ABSTRACT: Feminist legal theory has contested rape laws and notions of sexual consent to better reflect the experiences of survivors and address power distortions in legal frameworks that perpetuate women's subordination. In this paper, I explore an alternative form of criticism to consent-based rape laws and biases within legal systems. I argue that the justifications that are used to select and weigh evidence in rape cases are epistemically suspect because of the unreliability of their epistemic sources. My argument, building on radical realist social analysis in political theory, aims to unveil an epistemic defect in rape evidentiary procedures, which I call epistemic partiality. I suggest that this epistemic defect brings salient reasons to challenge rape laws based on ideals of consent. I hope to show that a radical realist approach may bring reasons to challenge rape laws and flaws in evidentiary systems without the need to centrally agree with or rely on feminist commitments and political goals. This type of criticism may effectively bypass certain limitations of feminist theory and potentially add to discussions focused on power distortions within legal systems.

¹ Talita is a Ph.D. candidate in the Philosophy Department of the London School of Economics and a Junior Lecturer at the PPLE College at the University of Amsterdam. Previously, she completed a Master of Science in Political Theory and a Master of Arts in Philosophy at the University of Amsterdam. She holds a Bachelor's Degree in Law from Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

KEYWORDS: rape laws; sexual consent; evidentiary procedures; justification; epistemic partiality.

RESUMO: *A teoria do direito feminista discute leis de estupro e noções de consentimento sexual buscando refletir de maneira mais precisa as experiências de sobreviventes de crimes sexuais, bem como abordar distorções de poder nos arcabouços legais que perpetuam a subordinação das mulheres. Neste artigo, exploro uma forma alternativa de crítica às leis de estupro baseadas no consentimento e aos vieses presentes nos sistemas legais. Argumento que as justificativas usadas para selecionar e avaliar as evidências em casos de estupro são epistemicamente questionáveis devido à falta de confiabilidade de suas fontes epistêmicas. Meu argumento, construído com base na análise social realista radical na teoria política, visa revelar um defeito epistêmico nos procedimentos de evidência em casos de estupro, que denomino parcialidade epistêmica. Sugiro que esse defeito epistêmico apresenta razões relevantes para desafiar as leis de estupro baseadas em ideais de consentimento. Espero demonstrar que uma abordagem realista radical pode trazer razões para questionar as leis de estupro e falhas nos sistemas de evidência sem a necessidade de concordar ou depender de compromissos e objetivos políticos feministas. Esse tipo de crítica pode efetivamente contornar certas dificuldades da teoria feminista, e potencialmente contribuir para discussões centradas em distorções de poder dentro dos sistemas legais.*

PALAVRAS-CHAVE: leis de estupro; consentimento sexual; procedimentos probatórios; justificação; parcialidade epistêmica.

INTRODUCTION

Why do legal systems fail to adequately adjudicate rape cases²? Some strands of feminist theory have roughly suggested that the problem

² According to the House of Commons Committee report on ‘Investigation and Prosecution of Rape’, only 1.3% of the recorded rape offences in England and Wales have been assigned an outcome that resulted in a charge or summon (2022). In the U.S., the number of rape convictions reaches 3% of prosecuted cases (Criminal Justice Statics, 2022). Legal systems also fail to address rape claims because it is an extremely underreported type of offence

of rape adjudication is an issue of translation. The forms of sexual assaults experienced by women as such are not appropriately translated into substantive laws. In an attempt to legally address what is lost in translation, some feminists demand liberal systems to modify substantive rape laws, changing legal definitions to adopt a comprehensive definition of rape. For many jurisdictions, rape is now considered a form of illegal sex that occurs when one agent intentionally touches or invades someone else's body without their consent³. This broad definition indicates that not only 'forced sex' but any 'sex without consent' - leaving aside specific circumstances⁴ - is also rape. However, despite these legal reforms, the number of rape convictions has not increased⁵, and consent-based definitions are still widely contested.

Some feminist critiques suggest that the failure of rape legislation is related to the indeterminacy and vagueness of the idea of 'consent' in the context of sex. They argue that this concept is not appropriate to capture power imbalances and the social position of women, which affect women's agency in sexual relationships. Women, they claim, may often consent to broadly coerced, harmful and unwanted sex as they stand

(according to the U.S. Justice Department 2022, around 80% of cases of rape are not reported). There is also an extreme delay in prosecuting rape offences. In 2021, the mean time between offence and completion was, on average more than seven years in the U.K (The Guardian, 2022).

³ In 2018, only 8 out of 31 European countries defined rape as sex without consent. This number has been increasing in the past few years. In 2020, Amnesty International reported that 12 European countries have adopted consent-based rape laws, especially due to the pressure of the #metoo movement and the influence of the Istanbul Convention in Europe. Recently, the Netherlands and Spain have also amended their criminal codes to adopt the legal definition of rape as sex without consent. Worldwide many countries also already adopt consent-based definitions (for example Canada, the U.S, Australia, South Africa, Zambia, India).

⁴ In this paper, I take rape as an offense involving adults. I am not addressing cases of statutory rape, when participants are legally incapable of giving consent to the act, such for example when participants are underage or have disabilities.

⁵ Quite on the contrary, in the U.K, for example, where rape is defined as non-consensual sex, according to The Guardian (2021), prosecutions fell 60% in four years from 2016 to 2020, even if the number of reports to police increased.

in a subordinate social position in relation to men⁶. Yet, legal systems are blind to acknowledge the particularities of women's experiences given the asymmetries produced by social hierarchies. Besides, some feminists argue that 'consent' requires standards of proof often centring on male perspectives about women's sexuality⁷. For example, in rape evidentiary procedures, it is required by law to determine if the accused could reasonably believe that the plaintiff was not consenting to sex in the circumstances of the putative offence. Scholars argue that the considerations about this 'reasonable belief are often based on male perspectives on the putative victim's behaviour⁸. In this sense, consent given by a woman becomes what a man thinks that consent reasonably is⁹.

These feminist approaches highlighted, therefore, crucial issues within adjudication systems in rape cases. They indicated that laws and considerations on the facts of the matter in rape cases are not neutral but rather gendered and biased to favour men. To challenge this scenario, they attempted to redeploy the law for feminist ends. Some feminist authors have thus suggested that the law should follow a feminist standpoint epistemology, considering women's experiences and privileged epistemic position to reshape laws and legal theorising. Moreover, some approaches have also claimed that legal systems and legal actors should be aware of and orientated by feminist ethical commitments against gender oppression when deciding upon cases where gender is implicated¹⁰.

This paper aims to bring another form of criticism to rape laws that does not centrally contest consent-based definitions on the grounds of feminist standpoint epistemologies and ethical-based approaches. I will not reject epistemic values typically endorsed in the legal adjudication of rape. Neither will I undertake moral commitments to claim that legal systems should prosecute these cases in the name of feminist values. Instead, I will problematise rape laws by employing a radical realist epistemic

⁶ West, 2020.

⁷ E.g. Mackinnon (1989).

⁸ E.g. Hubin, Haely (1999), Scheppele (1991); Mackinnon (1989); Anderson (2005); Simon-Keer (2021).

⁹ E.g. Mackinnon (1989) (2016); West (2009) (2020).

¹⁰ Mackinnon (1989 (1987); Nicolson (2000).

critique. This is a form of ideology critique grounded in epistemic rather than moral normativity¹¹. A radical realist social analysis aims to uncover epistemically flawed mechanisms of power self-justification¹². Following an externalist epistemology, I intend to examine the reliability of the justifications within evidentiary procedures. Crudely, externalism in epistemology holds that justifications are determined by factors outside an individual's mind¹³. Unlike internalist approaches in epistemology, which consider an individual's internal mental states and processes in determining justified beliefs, externalism focuses on social structures and the relationship between individuals and the external world to make claims about justified beliefs or knowledge.

The question I aim to answer is the following: what, if anything, is wrong with consent-based rape laws when considering evidence rules and procedures? My argument is that what makes consent-based rape laws objectionable is that they are compromised by an epistemically suspect legal framework, including rules and procedures of evidence. Rules and procedures of evidence are suspect insofar as conditions of materiality and relevance of evidence of rape are justified by beliefs produced by unreliable sources, i.e., hierarchies. Hierarchies are unreliable as sources of belief formation because they cause an observable distorting effect, namely epistemic partiality.

Let me briefly illustrate my point with an example. Take the following rough analogy between fact-finding procedures in cases of murder and cases of rape. In a murder case, fingerprints on a weapon might be selected as evidence that someone 'intentionally killed another human being'. The selection of this piece of evidence is justified by a logical assumption that to kill someone; it is likely that a person needs to touch the weapon with which harm was inflicted. The probative value of such evidence may then be justified, for example, by analysing the fingerprints on the weapon and the similarity of these to those of the accused. In cases of rape, however, the structure of the epistemic reasoning is different. The fact that the participants were involved in a romantic relationship

¹¹ Rossi (2019); Geuss (2010).

¹² Rossi (2019,2023); Aytac, Rossi (2022)

¹³ Alston (1995); Goldman (1999); Srinivasan (2020).

can be used as evidence that sex has been consensual¹⁴. The selection of this evidence is justified by the assumption that 'it is likely that people in romantic relationships have consensual sex'. The probative value of such evidence also relies on this same assumption; the relationship between the participants likely indicates they had consensual sex.

Looking at rape fact-finding, a critique in line with feminist approaches is that evidence is selected and evaluated in rape cases in the context of a male-biased belief system. Against the presumed neutrality of epistemic values in legal procedures, feminist scholars conflate their epistemology with their social movement political goals. The biases within the law are contested and should be avoided because of a moral commitment: they are unjust or oppressive towards women. I do not intend to criticise this sort of ideology critique in this paper. My aim is simply to pursue an alternative approach, one that does not need additional evaluation of justice and oppression to unveil distortions within evidence procedures in rape cases. I challenge legal frameworks in rape cases by looking at the sources of belief formation of justifications used to weigh evidence and the epistemic consequences they engender. I show that typically, while a reliable process of belief formation generates justifications in cases of murder, *unreliable* epistemic sources often engender the latter.

My broad and general aspiration is to bring the radical realists' form of critique - developed in the context of political theory - to legal theory scholarship. This general aim might also contribute to increasing debates within political theory on the limits and potentiality of this perspective when applied to legal contexts. Note that the purpose of this paper is not to prescribe that rape laws based on consent should be rejected, let alone that we should reject the entire evidentiary legal system. The argument that I put forward is evaluative: consent-based rape laws are

¹⁴ In my example, I generally consider rape cases involving an adult man and a woman, as I am concerned with the influence of power that men exercise over women in legal fact-finding. Empirically, most cases of rape involve a male aggressor (99%) and a female victim (90%) (U.S. Department of Justice, 2022). This example also aims to capture the fact that many women are victims of sexual assaults by an intimate partner. In 2019, for example, over 1.5 million women in the U.S. reported being raped or physically assaulted by their partners (U.S. Department of Justice, 2022).

compromised by epistemically suspect rules and procedures of evidence to the degree that they are justified by beliefs produced by hierarchies. This position may enable effective political contestation of evidentiary systems and improve the epistemic quality of rape procedures.

The paper's structure is as follows. In the first part, I briefly present an overview of a branch of feminist legal theories interested in power and knowledge interactions in evidentiary systems. Their central arguments are that (i) legal systems cannot reflect women's experiences, as they do not consider the dynamics of substantial power asymmetries between men and women, and that (ii) legal adjudication is based on a flawed ideal of neutrality, given the influences of cultural and moral values. I show that these approaches individuate distortions in evidence rules and procedures by taking standpoint epistemologies and sometimes relying on ethical commitments. I briefly discuss some shortcomings of these strategies and illustrate some reasons for bringing forward an alternative radical realist approach typically applied in political theory to the legal realm.

In the second part, I then present two central moments of legal fact-finding that are necessary to understand the epistemic vitiating of legal adjudication: materiality and relevance. I show how feminist debates challenged such conditions when contesting rape laws. I claim that these conditions may be confronted by means of a radical realist ideology critique grounded in external epistemic justifications. I argue that this approach offers a more parsimonious means to radically object to the fabric of rules and procedures of evidence in rape cases.

In the third part, I illustrate my approach by presenting an analogy between fact-finding procedures in cases of murder and cases of rape. My purpose is to highlight and discuss the origin of epistemic justifications used to select and evaluate evidence. My argument shows that the conditions of materiality and relevance are justified by beliefs produced by unreliable epistemic sources, which are hierarchies. I then argue that they are unreliable because they distort evidentiary procedures by being vitiated by epistemic partiality.

I conclude by discussing some theoretical implications of my argument. I intend to show that an externalist epistemic approach that looks at the reliability of sources of belief formation can contribute to

the debate on rape law by bringing a form of criticism that has not yet been substantially explored within critical legal theory.

1. EVIDENCE PROCEDURES AND FEMINIST CRITIQUES

In response to traditional evidence theories, critical legal scholars have developed a body of criticism against purist positivist ontological and epistemic assumptions in fact-finding and evidence evaluation. They propose, for example, alternatives to rethink the conceptions of truth, justice, and reason. At the heart of these debates was a challenge to the enlightenment myth that there is an epistemological subject with the ‘view from nowhere’¹⁵ and to the notion of rationality as a value-free and universal method of knowing¹⁶. A central claim shared by this scholarship is that social facts and the law are inherently political and partial to the extent that nature of the law is socially contingent on political interests¹⁷. Part of this critique is led by feminist scholars, who generally contend that substantive laws and legal practices are premised upon and reinforce sexist ideas¹⁸.

A strand of legal feminism known as ‘dominance feminist theory’ centres its critique on the interaction of power, knowledge and law. It takes gender as the primary social category to distinguish instances of social power. Drawing from Marxist and realist theory, dominance feminist theory broadly suggests that legal systems reflect the interests of a gendered powerful group – men – and defends an indeterminacy within the law, which reflects the influence of external social forces, such as political, cultural and economic factors in legal adjudication. This branch of feminist legal theory roughly aims to uncover distortions or flaws in

¹⁵ Nagel (1986).

¹⁶ Some feminists however mobilized ideas of rationality to argue that sexism could be eradicated by relying on the enlightenment’s values. E.g, Harding (1989); Bartlett (1990).

¹⁷ This view was mainly sustained by critical legal studies’ scholars in the legal North American debate during the 1970s and 1980s. See e.g, Mensch (1982); Unger (1996); Kennedy (1982) (1998).

¹⁸ Chamallas (2013), p.53.

legal practices and arrangements¹⁹. They want to show that the law is 'ideological' in the sense that the organisation of power structures and social meaning shapes and distorts legal practice, making it unfair, unjust or oppressive towards women²⁰. Legal systems are therefore commonly challenged by feminists for their reprehensive function; that is, they are flawed insofar as they favour and support the domination of a powerful social group - men - over the powerless – women²¹.

The common driving force behind much feminist theory is to challenge power relations by reinventing ways of knowing²². Roughly, they aim to show that epistemology plays a role in women's subordination by ignoring women's perspectives when taken as epistemological subjects²³. In this vein, dominance theorists typically contend that the law is not orientated by neutral, rational or impartial methods. Instead, they argue that the law follows practices and reasoning that are biased towards men²⁴. There are two key ideas that are central to framing aspects of the feminist position concerning legal fact-finding in debates on rape²⁵.

The first idea concerns the blindness within legal systems towards women's social experiences and knowledge. Although systems of adjudication claim to be universal, feminist scholars and other advocates for women argue that substantive laws and doctrines cannot apprehend the actual social forces and real injuries faced by women when they are victims of sexual assault²⁶. Catherine Mackinnon, Robin West and Scott Anderson for example, claim that power imbalances between

¹⁹ For a discussion about the purposes of ideology critique see e.g. Shelby (2003).

²⁰ My concept of ideology draws from Geuss' definition. Ideologies are distortion in set of beliefs, attitudes or preferences that resulted of operations of specific relations of power. Geuss (2008), p.52.

²¹ Chamallas (2013), p.56-67.

²² Mackinnon (1989), p.4.

²³ Childs & Ellison (2000), pp.1-12.

²⁴ Ibid.

²⁵ I follow Carbadó and Harris' understanding that there are areas of overlap between intersectional and dominance feminist theories. Collins e.g. is usually seen as an intersectional feminist yet, like Mackinnon, she discusses the implications of power to baselines and starting assumptions about knowledge endorsed by legal systems. See Carbadó and Harris (2019).

²⁶ Mackinnon (2016); Scott (2016); West (2008). See also Scheppele (1992).

genders are neither systematically nor substantially considered by legal systems²⁷. Regarding rape laws based on sexual consent, that is to say, on the idea that absence of consent is what defines the wrongdoing of rape, these authors pursue different accounts to argue that standards of consent include conditions of coerced submission that are a feature of the unbalanced relationship between men and women. The standard of consent in rape laws may consider lawful, for example, interactions that are unwanted, non-voluntary, in different ways constrained or generally coerced in a context of substantial power inequalities²⁸.

Mackinnon, followed by other scholars, suggests that the epistemic method to access and justify legal knowledge about what power does to women in the context of sexual assaults should be grounded in raising consciousness among women²⁹. She claims that women *qua* women can have access to evidence and achieve the awareness of their justified beliefs about their sexuality and violations. Consciousness-raising, as a feminist method to collectively 'reconstitute the social of experiences lived by women, as women live through it'³⁰ is then a practice that would enable women to be knowers and socialise their knowledge not as a copy of reality, but as a response to living in it³¹. This view can be broadly associated with typical commitments endorsed by some standpoint epistemologies, which advocate that women's knowledge is socially situated and that women, as a marginalised social group, could achieve a privileged access to knowledge about their social experiences³². These epistemological commitments have influenced some reforms of substantial sexual assault laws, e.g. the legislation on sexual harassment outside the workplace and marital rape. Nevertheless, standpoint theory may still be ill-equipped to provide a frame that assures evidentiary procedures free from biases or distortions of factual reality, and so I shall argue below.

²⁷ E.g. Mackinnon (1987) (1989).

²⁸ Mackinnon (2016), p.443.

²⁹ Mackinnon (1989) pp.83-105.

³⁰ Mackinnon (1989), p.83.

³¹ *Ibid*, p.98.

³² See e.g. Harding (1990) (2004). Wylie (2003) This is clear e.g. in Mackinnon (1987), pp.86-88.

This brings me to a second claim on the interactions of power and knowledge sustained by feminist scholars, particularly in black feminist epistemology. Hill Collins argues that the logical reasoning through which evidence is selected and evaluated is not a universal quality but rather a politically loaded notion. In her words, the real problem of epistemology is not what is believed to be true, but rather ‘*who is believed and why*’³³. As white men control the system of knowledge validation, she argues that black women’s experiences have been distorted or excluded from what counts as knowledge³⁴. She explains that this happens because the process of knowledge validation is ruled by white men who have established male experiences as universal rather than considering their social situatedness. Thus, value judgments and personal preferences that come from the experiences of white men are often mobilised to evaluate knowledge claims. Still, instead of being seen as biased, they are taken as objective and neutral justifications of ‘true knowledge’. She then suggests alternative processes of knowledge validation, such as personal expressiveness, emotions and empathy, which are also central values in the feminist ethics of care³⁵.

The idea of the ethics of care as an alternative way to validate knowledge posits that emphasising individual uniqueness, valuing emotions in dialogue and urging people to develop a capacity for empathy could enable a dialogue between multiple forms of knowledge. These alternative values driving knowledge validation may be morally justified by the position of vulnerability and dependency of the parties involved in a rape case. According to Catriona Mackenzie and other scholars, being in a vulnerable position may relate to the inherent sociality of human life as embodied and social beings or to the relational notion that agents may be in a susceptible position concerning particular sorts of threats to one’s interests³⁶. Legal approaches could consider, as Fineman proposes, the concept of vulnerability to address inequalities and disadvantages. In this sense, legal interventions and practices could restore and enhance,

³³ Collins (2000), p.252.

³⁴ Ibid, p.251.

³⁵ Ibid, p.263.

³⁶ Mackenzie, C., Rogers, W., & Dodds (2014).

to the greatest extent possible, the autonomy and capacities of persons and groups in vulnerable positions³⁷.

These alternative processes of knowledge validation would involve that each group is able to speak from its own standpoint and share its own situated, partial knowledge. Besides that, it suggests that no standpoint of knowledge is intrinsically preferable or better than another. Therefore, multiple knowledge claims could be assessed and evaluated in accordance with moral commitments based on the ethics of care. Since traditional knowledge validation processes risk silencing women's voices and narratives, the suggestion is to seek an epistemology based on moral values informed by ideals of care, justice and gender emancipation goals³⁸. This process could consider, for example, the position of vulnerability of epistemic subjects and establish interventions to restore fundamental capacities and substantial autonomy of the agents involved in it.

As I see it, this position raises important philosophical and practical questions when it comes to legal practices within rape cases. As Mackenzie et al. point out, debates on vulnerability need to address complex and challenging philosophical queries, which mainly relate to the normative significance of vulnerability³⁹. Why or whether vulnerability generates moral or legal obligations and duties of justice, and who bears responsibility for responding to vulnerability are some of the intricate and contentious points that theories driven by ethics of care need to respond to. Moreover, legal scenarios may impose difficult practical dilemmas on such moral theory. Legal frameworks would need to establish criteria and thresholds to determine in which contexts laws and practices can intervene and give a fair advantage to people in groups in vulnerable positions. Additionally, it would need to establish principles and guiding tools for situations in which different types of vulnerabilities compete or intersect. For example, in a rape case, legal mechanisms may determine the report of female victims of rape may have a greater epistemic value than reports of male defendants, given the vulnerability of women as a group in sexual assault-related incidents. However, there might be cases in

³⁷ Fineman (2008)

³⁸ Ibid. pp.251-272.

³⁹ Mackenzie, C., Rogers, W., & Dodds (2014).

which class, race or ethnicity may put the defendant in an equally severe and normatively salient vulnerable position. The worry that remains is whether power distortions will be actually overcome by a law that relies on a concept of vulnerability. My task here, however, is not to criticise or oppose these approaches. I aim to simply suggest an alternative type of criticism, one that can dismantle power distortions in rape laws eschewing these difficult queries.

Feminist legal scholars such as D. Nicolson and Simon-Kerr apply to some degree Hill Collins' claims to legal adjudication systems⁴⁰. They propose, for instance, that legal inquiry should rely on multiple and diverse sources of information to establish knowledge claims. Simon-Kerr suggests that society would need to undergo a broad cultural shift, taking into account alternative knowledge claims to challenge sedimented traditional meanings, such as ideals of sexuality and gender roles. This would move legal factfinders and decision-makers to be informed by values that are no longer unfair and oppressive towards women⁴¹. Nicolson also suggests that courts could increase the number of female judges and jurors and educate legal actors about gender oppression⁴². Similarly to the consciousness-raising approaches, these claims illuminate biases and blockages in legal reasoning and can be seen as a work in progress. However, social and psychological empirical research points to some obstacles to applying these suggestions in non-ideal contexts. Empirical data shows, for example, that even 'well-intentioned' judges and female jurors, in general, cannot escape the influence of prejudice and social stereotypes in legal fact-finding⁴³. Additionally, it is difficult to apprehend the facts of the matter of forms of implicit prejudices and biases in single cases⁴⁴.

Typically, feminist theories focus on power dynamics within the fabric of knowledge production in legal frameworks, and they usually suggest that legal reforms should be driven by better epistemic practices and laws, meaning practices and laws that are based on

⁴⁰ Nicolson (2000); Simon-Keer (2021).

⁴¹ Simon-Keer (2021), p.376.

⁴² Nicolson (2000), pp.33-36.

⁴³ See e.g. Sherman & Goguen (2019).

⁴⁴ Arcila-Valenzuela, M., Páez, A. (2022)

women's standpoints and feminist values. My approach can be seen as a contribution to feminist positions to the degree that I attempt to unveil distortions within legal systems. However, differently from typical feminist approaches, my critique draws its normativity from epistemic (rather than moral or political) sources. In this sense, the flaws of consent-based rape laws should be understood as epistemic rather than moral flaws. This approach is more parsimonious because it does not need additional *a priori* evaluations on moral standards aligned with feminist aims, such as gender justice or emancipation, to bear out reasons to object consent-based rape laws. Moreover, it does not eschew relevant commitments of traditional epistemology, such as impartiality, to defend a feminist alternative.

Note that my point is not to say that feminist views on what power does to women are wrong, let alone politically unnecessary. However, at least in the legal context, we do not need to rely on conceptions of injustice or oppression to find a reason to reject a distorted reality⁴⁵. Epistemic reasons might be sufficient. I propose thus an externalist epistemology that analysis the reliability of the sources of belief-formation to explain the distortions in the selection and evaluation of evidence in rape adjudication when laws are based on consent. My view is externalist insofar as it holds that knowledge produced in legal adjudication acquires the status of being epistemically justified for reasons that are external to the subjects of knowledge⁴⁶. It is also a reliabilist view, to the extent it tries to explain justification in terms of the reliability of the process of true belief-formation⁴⁷.

Far from rejecting or claiming that my position is better than the feminist accounts I have presented here, I submit that a radical realist critique concerned with the reliability of processes of belief-formation can avoid some theoretical and practical objections commonly raised against mainstream feminists (and other morality-based) critical theories, and so I shall argue below.

⁴⁵ Aytac and Rossi (2022) argue that even in social theory we would not need to rely on moral commitments to uncover and reject ideologies in cultural practices.

⁴⁶ E.g Goldman (1999).

⁴⁷ E.g Ibid; Alston (1995).

2. IDEOLOGY CRITIQUE AT LAW AND EVIDENTIARY SYSTEMS

After their heyday in the 1990s, feminists and other strands of critical legal theory have significantly lost strength in legal debates, moving to ethics and related political philosophy subfields. Some legal scholars claim that legal criticism since then has entered a deep coma.⁴⁸ According to Robin West, a factor that affected the of critical potentiality of legal theory was the triumph of a realist position in the field. The American Realists' strong claim that law is indeterminate would have turned legal theory into something merely descriptive, losing its normative potentiality⁴⁹. If the law is not but indeterminate, R. West argues, the claims about the law-that-ought-to-be, and struggles for justice, emancipation, or theories about utopian alternatives within legal subfields lose their progressive potentiality⁵⁰.

Although West might be right that legal theory has not been deeply engaged with critical thought as it used to be in the 1980s and 1990s, I contend that grounding sources of normativity outside the law, as realists suggested, does not entail a lack of critical potentiality of the field. Legal realists generally do not deny the progressive possibilities of the law; they simply do not focus on justice as the central aspect of progress⁵¹. Legal realists broadly claim that the law is indeterminate because legal sources, such as constitutions or precedents, do not justify a decision or offer reasons to explain why judges decide as they do⁵². Their point is to show that legal decisions are influenced by non-legal considerations, for example, for a sense of what would be 'fair'⁵³. This idea might suggest that the sources of a critical legal movement are outside the law, but it does not mean that the law cannot aspire to be critical.

⁴⁸ Duncan Kennedy has stated that critical legal studies were "dead as a door-nail" (1990). Other scholars have shared this view, e.g Gabel (2009); West (2011); Stewart (2019).

⁴⁹ West (2011), pp.119-122; 156-176; 182-190.

⁵⁰ Ibid, p. 156-176.

⁵¹ E.g Holmes (1989), Leiter (2002).

⁵² Leiter (2002), p.3.

⁵³ Ibid.

My approach aims to show that it is possible to ground legal normativity outside of the law and still be radically critical about employing an epistemic ideology critique. This view aligns with a form of analysis applied by radical realists in political theory⁵⁴. Drawing a normative theory not from moral commitments but from epistemic sources concerned with processes of belief-formation and power relations⁵⁵, it is possible to identify epistemic flaws and visualise effective instances in the fabric of the law that need to be politically contested. This approach differs from traditional legal realist accounts, which are mainly concerned with legal predictability and the indeterminacy of the law. I will not discuss these issues, and I also do not aspire to push my argument to criticise the totality of legal systems. I aim to examine the fabric of justification of evidence rules and procedures in rape fact-finding to develop a specific argument. Consent-based laws can be objected to because they endorse rules and procedures of evidence that rely on unreliable epistemic sources, namely hierarchies.

At this point, it is important to make some conceptual clarifications. Evidence in law might be an ambiguous term. It is used to refer to at least three specific ideas. The first sense refers to “objects of sensory evidence”⁵⁶, which are the legal means to establish factual claims, such as oral evidence, documentary evidence or testimonial evidence received in legal adjudication. In cases of rape, testimonies of witnesses are usually presented as evidence in this sense. Second, evidence is used to indicate facts established by these sensory objects. For example, a fact mentioned by a testimony that the accused of rape administered rape date drugs on the day of the crime is presented as an evidential fact or simply evidence to prove the offence. The third sense functions as a relational concept. A factual proposition is evidence only if it can serve as a premise for drawing an inference to a matter that is material to the case. Fingerprints on a knife used to kill a person are considered evidence because it is possible to use this to infer the materiality of the crime. To avoid misunderstandings, I take the term evidence in a broader sense, which refers to ‘information which may persuade a person

⁵⁴ E.g. Rossi (2019); Argenton & Rossi (2021); Aytac & Rossi (2022); Cross (2019), (2021); Prinz (2016); Rackstad, (2018a), (2018b).

⁵⁵ Rossi (2019); Argenton & Rossi (2020); Rossi; Sleat (2014).

⁵⁶ Haack (2004) p.48.

that something is more or less likely to be true⁵⁷. That said, I will explain the conditions of materiality and relevance taken by legal systems to receive evidence and the perspective of the dominance of feminist theory on this.

To develop my point, I need first to explain two central moments in legal fact-finding based on evidence responsiveness: one which refers to the condition of *materiality*, that establishes what evidence is received (what or whose knowledge is selected to establish the materiality of facts), and one which is focused on the condition of *relevance*, that is a normative standard used to determine the strength of evidential facts (what counts as knowledge to establish the relevance of the evidential facts)⁵⁸. In a wide range of legal systems, these conditions of materiality and relevance are the two basic requirements for receiving evidence in legal adjudication⁵⁹. I unfold these concepts below and try to show some weaknesses of feminist approaches that criticise the state of evidentiary systems. These ideas are important to distinguish my approach as an alternative form of critique, and give a frame to a comparative analysis between evidence procedures in cases of rape and murder that I develop in the next chapter.

First of all, materiality requires evidential facts of a case to refer to elements defined by an applicable substantive law. In criminal law, this is determined by the offence with which the accused is charged⁶⁰. When a person is charged with rape, and the offence of rape is defined as the intentionality of the accused to initiate a non-consented sexual act, the necessary elements that define the materiality of the offence are twofold: absence of consent and intentionality of the accused⁶¹. This means that evidence can be received in rape prosecutions when it indicates material aspects of intentionality or consent.

⁵⁷ Childs & Ellison (2000), p.1.

⁵⁸ E.g. Mackinnon (1989), Gilligan (1983), Scheppele (1992), Collins (2000).

⁵⁹ In some jurisdictions, there are also further requirements to receive evidence related to admissibility conditions. Evidence is admissible when it is not explicitly prohibited. For example, some rules in the U.S. prohibit evidence from being presented in a trial, even though it is relevant to a factual proposition. Hearsay, for instance, is considered inadmissible evidence under the U.S. evidence rules.

⁶⁰ Wigmore (1983), pp.15-19.

⁶¹ This is a general definition of rape between adults; it excludes statutory rape and cases of rape under specific circumstances.

This is the central focus of dominance feminist scholars in criticising substantive rape laws: *materiality* concerns. As rape laws give the legal basis that determines the selection of evidence evaluated to establish the putative truth of the facts in issue, feminist scholars aimed to show that the classification of rape could not apprehend the material acts committed by the defendant and his state of mind. Theories may diverge to explain how and why legal systems cannot access the facts of sexual assaults. Still, they tend to agree that the problem with rape laws is that it produces legal knowledge that does not match the actual violations experienced by women. The view of Mackinnon, for example, stresses that rape is a matter of social power, while materiality required by rape laws is a matter of autonomy of those involved. She explains that the social circumstance of power imbalances between men and women may turn sex into sexual violence, rather than individuals' willingness to have sex as the legal classification suggests⁶². The issue is that consent-based definitions of rape make the autonomy of the participants a primary problem when the actual social context involves substantial inequalities imposed by social power⁶³. Since legal systems require materiality of the absence of consent, the actual unequal position of power between the parties is not selected as evidence. Instead, what is generally received as evidence relates to facts that prove the plaintiff's willingness or autonomy to consent. The definition of rape, therefore, does not consider a woman's own sense of violation⁶⁴.

For this reason, dominance theories suggest that when the law is 'most ruthlessly neutral', for example, when it bases consent around the concept of autonomy despite the participants being substantially unequal, it is, in fact, 'most male'⁶⁵. This is because it takes as evidence of consent factors that favour a male-centred perspective of sexual roles and a male point of view on sexuality⁶⁶. In Mackinnon's words, it is not rape when it looks like sex to men⁶⁷.

⁶² Mackinnon (2016), p.474.

⁶³ Ibid, p.436.

⁶⁴ Id. (1988). p.82.

⁶⁵ Id. (1989), p.248.

⁶⁶ Id. (1988), p.90

⁶⁷ Id. (1989), p.172.

Although this line of criticism is valuable for underpinning social experiences neglected by the law, it may not be efficient to debunk power distortions within legal systems. I'm especially concerned with the grounds according to which we should scan and select what can be called 'women's experiences', and the reasons why we should choose feminist goals over others. This is not to cast doubt on the relevance of feminist goals. My worry is that there are significant disagreements within feminist movements on social experiences and political aims, and it may not be simple to reconcile such complexities through the law. In addition, intersectional approaches in feminism challenge the idea that gender subordination is a dimension that can explain and address by itself power distortions. I contend that an epistemic approach that looks at the reliability of the sources of justifications in evidentiary procedures does not need to take political sides to unveil power distortions. Besides that, a radical realist analysis of evidence procedures does not depend on the epistemic capacity of agents overcoming epistemic barriers to unveil power distortions. This account reveals power distortions independently from vulnerable groups' ability to achieve a standpoint or factfinders' moral commitment of recognising and overcoming their own male socially constructed biases and prejudices.

Whilst Mackinnon and other feminists are mainly concerned with the implications of legal rules to materiality in legal adjudication⁶⁸, some other authors focus on criticising the epistemic values embedded in procedures through which the law evaluates evidence. This position shows that seemingly neutral rules of evidence and procedures marginalise, silence, and distort women's voices. This brings us to think about the second condition for what is considered valid evidence in legal adjudication: relevance.

The standard of relevance is connected to that of materiality. Still, it further requires 'the factfinder's understanding of how a piece of evidence bears on issues that law treats as material'⁶⁹. It refers to 'a tendency that makes a fact more or less probable than it would be

⁶⁸ E.g. Scheppele (1992).

⁶⁹ Simon-Kerr (2021), p.373.

without the evidence⁷⁰. It is a binary and relational concept that depends on logical generalisations from experience or expertise that relate the evidential fact to the offence's legal classification. In other words, once substantive laws indicate that specific facts are consequential, relevance assesses whether evidence tends to make a consequential proposition more or less probable⁷¹.

For example, the material fact that a defendant used to frequent a particular nightclub is not necessarily relevant evidence to a case of rape. This is because personal preferences are not usually a premise from which one can infer the issues that matter to define the materiality of a case of rape. However, this factual circumstance could be received as evidence in a rape case if it is argued, for example, that the accused met the victim in this nightclub. This is relevant evidence, even though it does not necessarily prove consent or intentionality, as it might indicate a tendency that makes a fact more probable.

A significant focus of feminist critique on relevance standards challenges the presumed neutrality of legal reasoning to decide what makes a fact more or less probable when considering the evidence. The general claim is that the standards used to evaluate evidence result from a biased male perspective rather than any universal quality of rationality and logic. Relevance determinations reflect not neutral abstract reasoning but white men's experiences and moral understandings⁷². Thus, the relevance requirement that shapes and validates the process of translating knowledge about facts into legal consequences involves biased value judgments. Authors such as Donald Nicolson, Martha Minow, and, more recently, Julia Simon-Kerr, engage in this debate. They may diverge on understandings of how exactly values and rationality shape knowledge claims⁷³, yet they generally agree that evidence evaluation is a gendered process that tends to favour men's social accounts.

⁷⁰ This is the definition adopted by the United States Federal Rules of Evidence.

⁷¹ Simon-Kerr (2021), p.366.

⁷² Nicolson (2000), p.33.

⁷³ For example, Carol Gilligan (1993) proposed a critical correction on the valorization of modes of reasoning associated with men and the devaluation of qualities associated with women. See also McMillan (1992).

The argument presented is that the presumed rationality of legal adjudication that guides relevance evaluations is not neutral and universal but socially constructed and contextual. There is no single or universal knowledge about reality, but knowledge that is socially situated and constructed within social power interactions. The point, thus, is that information provided by evidence within legal systems is evaluated as relevant by epistemic processes that are not value-free. Rather, rules and procedures of evidence embody biased social meanings that prevail due to power dynamics. Legal evidentiary standards such as relevance, therefore, hide a dominant view of the social realm, which favours groups that are at the top of social and cultural hierarchies⁷⁴ M. Minow and D. Nicolson, for example, argue that legal factfinders do not neutrally rule on relevance standards, as the probative value of evidence rests on assumptions that “presupposes the universality of a particular reference point”, which is male and white, reflecting “the factfinder’s own epistemology”⁷⁵.

Although I share the view that epistemic processes are not value-free to the extent that factfinders are biased for their own values and interests, I contend that some feminist approaches may throw the baby out with the bathwater when developing some arguments to hold their position. Asserting factfinders’ political and moral inclinations does not automatically imply that the standards of knowledge or epistemic norms are sensitive *per se* to shifting practical or moral considerations. I submit that anyone exposed to the appropriate evidence can recognise the epistemic warrant that such evidence offers. I intend to show that an epistemic approach to consent-based rape laws can make the feminist project compatible with some purist epistemological commitments. We do not need to eschew important aspects of neutrality and objectivity of the law to dismantle power distortions within legal frameworks. Generally, the proposed alternative analysis may bridge the feminist general aim of uncovering power distortions in legal frameworks with important aspects of traditional epistemology.

The feminist views on materiality and relevance point out several biases in evidence rules and procedures in rape fact-finding. They mainly

⁷⁴ Nicolson (2000).

⁷⁵ *Ibid*, p.368. See also e.g Minow (1998).

address materiality issues as it orientates rape laws to be reformed, taking women's perspectives into account. They also contend that standards of *relevance* are not neutral or value-free but conditioned by the gendered value judgments and cultural assumptions assumed and reproduced by factfinders. Generally, the feminist suggestion is then that gendered standards such as relevance should reflect women's experiences and social conditions instead of those of men⁷⁶. My approach, however, is different. I will show epistemic defects of justifications that support the materiality and relevance of evidence challenging the reliability of their epistemic origins. I do not need to endorse any *a priori* activist purpose or political reason to put forward my critique. Consent-based rape laws engender epistemic flaws within evidence procedures, which can be dismantled and exposed for purely epistemic reasons.

3. RADICAL REALIST ANALYSIS: A CASE STUDY

To begin debunking the rules and procedures of presenting evidence in rape cases, I consider a comparison of evidentiary procedures in cases of rape and cases of murder. These cases are simplified, as the aim is simply to highlight the general structure and reasoning of legal fact-finding in these criminal offences. In the first case, evidence of a relationship between the plaintiff and the accused is received as relevant evidence to prove consensual sex and therefore presented as evidence to warrant the likely materiality of the innocence of the accused in a case of rape. In the context of a murder case, fingerprints are presented as relevant evidence to prove that the accused has killed a person and, therefore, as evidence that warrants the materiality of the guilt of the defendant. The reasoning behind these two cases follows that:

⁷⁶ E.g. Mackinnon (1989); Scheppele (1992). As there is no neutral concept at law, the idea is that criteria to evaluate evidence in cases of rape should be biased towards women, instead of men, to correct substantial inequalities between genders. It was suggested, for instance, that the criterion of reasonability that determines the relevance of evidence of 'intentionality of the accused to commit the crime', that is the *mens rea*, should follow reasonable women's understandings and experiences, instead of men's. See a critique in Hubin & Haely (1999).

Case A)

Legal definition: Rape is intentional sex without the consent of the victim.

Evidence: Plaintiff and accused are involved in a romantic relationship.

Conclusion: All else being equal, it is likely that the plaintiff and the accused had consensual sex.

Case B)

Legal definition: Murder is intentionally killing another human being.

Evidence: Fingerprints of the accused found on the weapon that has inflicted death on the victim.

Conclusion: All else being equal, it is likely that the accused killed the victim.

The relevance of Evidence in cases A and B depends on the factfinder's understanding of how evidence of a romantic relationship or fingerprints might bear on issues that indicate the materiality of the respective conclusions in A and B. The prepositions that factfinders rely on to infer the likely relevance of these pieces of evidence are as follows. In the rape case example, factfinders are likely to support the materiality of the conclusion in A as more or less probable considering the inferential assumption that '*it is likely that people in romantic relationships have consensual sex*'. In the case of murder, the probative value of evidence in B might be inferred considering that '*to kill someone, it is likely that a person needs to touch the weapon that has inflicted death on the victim*'. Therefore, the reasoning guiding the fact-finding in each case is as follows:

Case A)

Legal definition: Rape is sex without consent.

Evidence: Plaintiff and accused are involved in a romantic relationship.

Inferential assumption: It is likely that people in romantic relationships have consensual sex.

Conclusion: All else being equal, it is likely that the plaintiff and the accused had consensual sex.

Case B)

Legal definition: Murder is intentionally killing another human being.

Evidence: Fingerprints of the accused are found on the weapon that has inflicted death on the victim.

Inferential assumption: To kill someone, it is likely that a person needs to touch the weapon that has inflicted death on the victim.

Conclusion: All else being equal, it is likely that the accused killed the victim.

My question at this point is what exactly makes these inferential assumptions justified? I want to show that power relations contribute to making the assumption in A widely accepted, while this is not the case for B. I shall explain this idea by examining the pedigree of the specific beliefs which sustain these inferences.

The assumption '*it is likely that people in romantic relationships have consensual sex*' is genealogically tied to patriarchal notions of marriage, in which women were seen as the property of their husbands and passive sexual beings. The prohibition of rape dates back to 1900 B.C in Hebrew law when laws punished rape of married women by someone other than their husbands with death, but the rape of unmarried women with a fine and an obligation of the rapist to marry the victim⁷⁷. The logic of the punishment was that women were seen as the property of their husbands or fathers, so rape caused injury to the man who owned the woman. Rape was not conceived as a crime within a marriage because the state's legitimate interest was to secure, protect and stabilise property interests, thus protecting the status quo of family relationships and patriarchal control⁷⁸.

This notion of rape only started to be contested during the 12th century. Canonical scholars tried to distinguish rape from other property crimes, discussing the responsibility of the victim to react to forced or aggressive sex⁷⁹. The debate was centred on how much resistance was

⁷⁷ Baker (2015), p. 225.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

necessary to classify sexual aggression as rape. However, if those involved were married, this carried with it the assumption that sexual relations did not involve force. The laws continued to sustain the vestiges of this patriarchal thought in which women are men's property and maintained that the essential elements of the crime (force and resistance) only applied if the victim of rape was not the accused's wife⁸⁰.

According to the writer Susan Brownmiller, rape definitions did not substantially change for roughly 800 years until the 20th century. In the late 1970s, feminist movements started to claim that rape was a violation of women's will, with or without force, and independent of the marital status between victim and perpetrator⁸¹. The point was to reimagine the nature of the crime of rape, interpreting it no longer as a crime against the family but instead as one perpetrated against an individual who is touched or invaded against her will. Force and resistance or the marital status of the participants would not play any role in it since what constitutes the offence is now found in the sense that one's sexual autonomy is felt to be violated. This shift in rape legislation brought a comprehensive definition of rape to the law, as sex without consent or mixed definitions that require both physical force and the absence of consent. Despite this, however, the assumption that within marriage, women are expected to consent to sex is still very much alive.

Legal fact-finding procedures tacitly assume that women are subordinate to men's sexual desires and that when a woman is in a relationship with a man, it is irrelevant if sexual contact is unwanted or coerced. The idea is that a woman's desires or intentions are irrelevant when she is in a relationship with a man. This belief is the product of historical social hierarchies, and, despite the changes in substantive laws, the presence of these ideas continues to echo through evidentiary procedures. The nature of the relationship between the plaintiff and the accused is still being used as relevant evidence to prove the materiality of the offence.

On the other hand, the inferential assumption in case B, *"to kill someone, it is likely that a person needs to touch the weapon that has*

⁸⁰ Ibid, p.226.

⁸¹ Brownmiller (1975).

inflicted death”, is not justified by its genealogical ties to historical social power relations. Instead, this assumption is justified, for example, by perceptions about the way weapons usually function. One knows that it is likely necessary to touch a weapon to use it against a person when committing a crime. We are guided in our thought processes by our sensory or cognitive perception of how weapons function when used by a person. The justification for the inclusion and the probative value of this type of evidence in a murder case is not based on cultural assumptions originated and disseminated by social power relations.

I want to anticipate one possible objection to this idea. It could be argued that the very difference in what is considered to be justified inferences in cases A and B is related to the *nature* of the facts that need to be proved. In case A, legal systems need proof of sexual consent, which is a subjective evidential fact. Subjective here means that the fact of the matter involves an internal feature of the part involved in the case, which is the mental state of the victim. Evidence of consent seems to depend on the content of consciousness of the victim and not on something that happened externally to her. Thus, justifications are likely to rely on cultural assumptions. In case B, on the contrary, the fact that needs to be proved is the act of killing a person, which is an objective evidential fact, meaning that the fact of the matter happens externally to the participants. Inferential assumptions therefore are likely not to be justified by cultural assumptions.

It is indeed likely that cultural assumptions play a role in evidentiary procedures when there are internal or subjective evidential facts at stake. Yet, cultural assumptions may not *necessarily* influence subjective evidence, and they can also influence the justification of selection and evaluation of evidence that is considered ‘objective’ or ‘external’. Let me illustrate this with two brief examples. Take, first, a case of drug trafficking. A piece of evidence of the crime will refer to the quantity of drug that is found in the accused possession. With this information, an inference will be made as to whether to classify the case as a trafficking offence or as a possession for personal use. Although quantity seems quite an objective matter, it is well-known that racist bias against black people can influence the selection of what counts as evidence of trafficking or self-use of drugs. Second, consider a case of

medical malpractice where it is discussed whether the plaintiff gave her consent to a medical procedure. Although this evidence is based on a subjective factor, the consent of the victim, it is likely that previous consent of the plaintiff to other medical procedures, for example, will not be taken into account as relevant evidence of consent. In this case, it may be considered whether the victim has signed a contract, for instance, which is relevant evidence that is not justified by cultural assumptions.

My next question, therefore, is the following: why exactly are justifications tied to beliefs produced by social hierarchies epistemically suspect? Below I discuss an epistemic effect that makes social hierarchies likely unreliable sources of justification, namely epistemic partiality.

EPISTEMIC PARTIALITY

Impartiality, alongside positivist ideals of rationality, legitimises evidence-based adjudication as means to solve legal disputes. It is expected that adjudication based on evidence responsiveness can assure a mechanism of resolution that does not give an *unfair* advantage to any party⁸². The ideal of impartiality is supposedly guaranteed by formal procedures establishing equality of treatment between the parties involved. That is, plaintiffs and defendants are expected to have equal opportunity to present evidence and be heard and contest their opponent's arguments. Impartiality is also grounded in the belief that a third person or body of persons can neutrally arbitrate a conflict, meaning that a neutral decision-maker will not have any interest in giving an advantage to one side of the dispute over the other and that their evaluation of the case is determined exclusively by the material facts and the legal basis of the case, rather than by any personal preferences. In short, impartiality usually means that conflicts will be addressed in a manner that is free from unfair, biased mechanisms towards any of the sides in the dispute.

As discussed above, feminist legal theories have heavily criticised legal systems for their unfair partiality. They have shown that procedures and rules of evidence are not substantially equal and that judges and jurors

⁸² Lucy (2005).

are influenced by culture, which involves social stereotypes and prejudices that give unfairly advantage to men and disadvantage to women. However, impartiality is not just a matter of fairness; it also carries an orientation towards determining the truth in a legal dispute.⁸³ Impartiality does not simply aim to ensure that those involved in conflicts have equal chances of being judged guilty or innocent. If this were the case, we would have adopted flipping coins to solve legal disputes. Impartial adjudications are meant to favour parties who *deserve* victory by virtue of material facts based on a legal system's requirements. This means that impartial adjudication systems aim to generate accurate merit-reflecting judgments orientated by truth-finding proposes⁸⁴. Saying that rape adjudications lack impartiality thus means that rape verdicts often do not coincide with the factual truth.

In cases of rape, as it has been argued above, the justifications that factfinders hold up to align evidence received with verdicts as to innocence and guilt are accepted due to belief systems produced by hierarchies. The patterns of inference and assumptions that lead toward particular conclusions are biased insofar as they have formed in the context of the steep asymmetries of these social hierarchies. Going back to my exemplary case, the assumption that *it is likely that people in romantic relationships have consensual sex* is genetically distorted by the belief that women are passive beings that belong to their husbands. The hierarchy between men and women has generated and reproduced this thought. Actual consent is therefore indifferent to distinguish sex and rape as long as those involved are in a romantic relationship of some sort, because what is at issue when inferring the conclusion from the piece of evidence is not a violation against a woman's autonomy to decide and preside over her own body and sexuality, but instead whether or not she belongs to the man that has had sex with her.

⁸³ Goldman (1999), pp.281, 282.

⁸⁴ I do not submit that truth is the only relevant value in adjudication. There are other values the law should attempt to, including cost, speed and nonviolation of constitutional rights, for example. In cases that adjudication violates certain rights, the entire procedure might be rejected even if it conduced legal actors to the factual truth.

In this way, the evaluation of evidence is tied to the very patriarchal structure that protects men's power position to rule over women. This ends up falsifying the putative facts in dispute. And favouring the party that is on the top (or closer to the top) of the hierarchy that self-justifies the belief it has engendered. In the legal context of rape prosecutions, the effect of such cultural assumptions inculcated in judgements about evidence is a distortion produced by hierarchies that make widely accepted the belief that a relationship between the two individuals counts as evidence of consensual sex. As a result, the inferential assumption disproportionately supports the conclusion that the sex has consented to and that the man is innocent. The advantage given to the accused is not a product of the material facts at issue but the product of a belief produced by a hierarchy based on gender.

This epistemic effect caused by the inferential assumption does not happen in the case of a suspected murder. In exemplary case B, the inference that *'to kill someone, it is likely that a person needs to touch the weapon that has inflicted death'* does not falsify the facts that need to be proven to give an advantage to one of the parties. It only offers one of the participants an advantage if evidence of fingerprints is found on the supposed murder weapon, which is a premise and a material fact in dispute, not an assumed belief.

My point, therefore, is that beliefs that are the product of social hierarchies are suspect insofar as they distort how social reality is understood and disproportionately disseminate the assumptions held by powerful groups⁸⁵. Legally, this entails that groups at the top of these social hierarchies stand in a privileged position to defend their innocence in cases of rape prosecutions. The problem of partiality, therefore, is not simply that parties are not treated equally or that judges and jurors are influenced by prejudice as they reach their verdicts. Instead, it is an issue that distorts the facts in dispute. By looking at cases of rape, it is possible to see that beliefs produced by social hierarchies entail partiality insofar as they are epistemically defective. They generate unreliable justifications that distort how factual reality is addressed in legal fact-finding.

⁸⁵ Aytac & Rossi (2022)

CONCLUDING REMARKS

In this paper, I argued that consent-based rape laws are objectionable by virtue of their epistemically suspect legal framework, including rules and procedures of evidence in legal fact-finding. I claimed that some conditions that establish the materiality and relevance of evidence in rape cases are tied to justifications produced by unreliable sources, i.e., power hierarchies. Drawing from a radical realist approach, I attempted to reveal that power hierarchies are unreliable sources of justification because they produce epistemic partiality in the fact-finding process in rape cases.

My view is that this approach can contribute to debates that are concerned with the adequacy of rape laws based on consent. It turns the focus from ideal and non-ideal notions of sexual consent to considerations related to epistemic defects that are engendered in rape fact-finding. Instead of endorsing a priori ethical commitments about women's oppression, this approach brings reasons to object rape laws aligned to the epistemic scope of legal adjudication.

Although I present a specific argument examining rape fact-finding, this approach might be further explored in other legal cases. After all, justifications produced by hierarchies may also be mobilised in other judicial cases that rely on cultural assumptions to select evidence and infer putative conclusions about the facts in dispute. The radical realist analysis aims to enable a more effective contestation of evidentiary systems in rape cases, improving the epistemic quality of evidence procedures.

BIBLIOGRAPHY

- Arcila-Valenzuela, M., Páez, A. Testimonial Injustice: The Facts of the Matter. *Rev. Phil.Psych.* (2022). <https://doi.org/10.1007/s13164-022-00662-w>
- Alcoff, L. (2018). *Rape and Resistance*. Understanding the complexities of sexual violations. Polity Press.
- Alston, W. (1995). How to think about reliability. *Philosophical Topics*, Vol. 23, No. 1: 1-29. <https://www.jstor.org/stable/43154192>
- Angel, K. (2021) *Tomorrow sex will be good again: women and desire in the age of consent*. London. Verso.

Anderson, E. (1995) Knowledge, Human Interests, and Objectivity in Feminist Epistemology. *Philosophical Topics*, Vol. 23, No. 2, Feminist Perspectives on Language, Knowledge, and Reality: 27-58. <https://www.jstor.org/stable/43154207>

Anderson, M. (2005). What Is Rape? *St. John's Law Review* 79: 625- 644.

Aytac, U.; Rossi, E. (2022), Ideology Critique without Morality: A Radical Realist Approach. *American Political Science Review*. Doi:10.1017/S0003055422001216

Bartlett, K. T. (1990). "Feminist Legal Methods," *Harvard Law Review*, 103: 829–88.

Blau, A. (2017) *Methods in Analytical Political Theory*. Cambridge University Press.

Brownmiller, S. (1993) *Against Our Will: Men, Women and Rape*. New York: Fawcett Books.

Carbado, D. W. and Harris, C. I. (2019). Intersectionality at 30: Mapping the Margins of Anti-

Essentialism, Intersectionality, and Dominance Theory. *Harvard Law Review*, 132(8): 2193–39.

Chamallas, M. (2013) *Introduction to Feminist Legal Theory*. New York: Wolters Kluwer Law & Business.

Collins, P. H. (2000). Black Feminist Epistemology in P. Hill Collins, *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. New York: Routledge.

Conaghan, J.; Russell, Y. (2014). Rape Myths, Law, and Feminist Research: 'Myths About Myths'?. *Feminist Legal Studies*, 22(1), 25–48. DOI:10.1007/s10691-014-9259-z

Cross, Ben (2021). How Radical is Radical Realism? *European Journal of Philosophy*. <https://doi.org/10.1111/ejop.12710>

Du Toit, L. (2007). The conditions of consent. In *Choice and consent: Feminist engagements with law*. Ed. Rosemary Hunter, and Sharon Cowan, 58–73. London: Glasshouse. <https://doi.org/10.4324/9780203937389>

Ellison, L.; Munro, V. (2013). Better the devil, you know? 'Real rape' stereotypes and the relevance of a previous relationship in (mock) juror deliberations. *The International Journal of Evidence & Proof* 17(4): 299–322. <http://dx.doi.org/10.1350/ijep.2013.17.4.433>

Finlayson, L. (2015) *The political is political: conformity and the illusion of dissent in contemporary political philosophy*. Essex Studies In Contemporary Critical Theory. London: Rowman & Littlefield International

Finlayson, L. (2016) *Introduction to Feminism*. Cambridge Introductions to Philosophy. Cambridge University Press.

Flax, J. (1987). Post-Modernism and Gender Relations in Feminist Theory. *Signs*, 12(4): 621–43. <https://www.jstor.org/stable/3174206>

Fricker, M. (2007) *Epistemic injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198237907.001.0001>,

Gavey, N. (2005). *Just sex? The cultural scaffolding of rape*. Hove: Routledge

Geuss, R. (1981). *The Idea of a Critical Theory*. Cambridge University Press.

Gilligan, C. (1982). *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Goldman, Alvin, (1979), What is Justified Belief? in *Justification and Knowledge*, George Pappas (ed.), Dordrecht: Reidel, pp. 1–23.

Goldman, Alvin, (1986). *Epistemology and Cognition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Goldman, Alvin, (1988). Strong and Weak Justification, in *Philosophical Perspectives 2: Epistemology*, James Tomberlin (ed.), Atascadero, Calif.: Ridgeview Publishing Co., pp. 51–69. <https://doi.org/10.2307/2214068>

Goldman, Alvin, (1999). *Knowledge in a Social World*. Oxford: Oxford University Press. DOI 10.1111/j.1933-1592.2002.tb00151.x

Goldman, Alvin, (2009). Internalism, Externalism, and the Architecture of Justification, *The Journal of Philosophy*, 106(6): 309–338. Doi: 10.5840/jphil2009106611

Haack, S. (2014) *Evidence Matters: science, proof and truth in the Law*. Law In Context. New York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139626866>

Hanel, C. H. (2018) What is a sexist ideology? Or: Why Grace didn't leave. *Ergo*. Vol. 5, No. 34.

<http://dx.doi.org/10.3998/ergo.12405314.0005.034>

Harding, Sandra (ed.), (1987), *Feminism and Methodology: Social Science Issues*, Bloomington: Indiana University Press.

Haslanger, S. (2012) *Resisting Reality*. Social Construction and Social Critique. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199892631.001.0001>

Haslanger, S. (2021). Political Epistemology and Social Critique. *Oxford Studies in Political Philosophy*. Vol. 7 <https://doi.org/10.1093/oso/9780192897480.003.0002>

Horvath, M.; Brown, J. (eds.)(2009). *Rape: Challenging contemporary thinking*. Devon: Willan. <https://doi.org/10.4324/9781843927129>

Hubin, D; Haeley, K. (1999) Rape and the reasonable man. *Law and Philosophy* 18: 113-139. DOI:10.2307/3505194

Larcombe, W. (2011). Falling rape conviction rates: (Some) Feminist aims and measures for rape law. *Feminist Legal Studies* 19: 27–45. DOI 10.1007/s10691-011-9169-2

Leiter, B. (2003). American Legal Realism. E. Edmudson & M. Goldin (eds.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell. DOI:10.1002/9780470690116

Lucy, W. (2005). The possibility of impartiality. *Oxford Journal of Legal Studies*, Spring, 2005, Vol. 25, No. 1. pp. 3-31 <https://www.jstor.org/stable/3600599>

Mackenzie, C., Rogers, W., & Dodds, S. (2014) Introduction: What is vulnerability and why does it matter for moral theory? In C. Mackenzie, W. Rogers, & S. Dodds (Eds.), *Vulnerability: New essays in ethics and feminist philosophy* (pp. 1–29). New York: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199316649.003.0001>

MacKinnon, C. (1983) Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence, *Signs* Vol. 8. N. 4: 635 – 658. <https://www.jstor.org/stable/3173687>

MacKinnon, C. (1987). *Feminism unmodified*. Cambridge: Harvard.

MacKinnon, C. (1989) *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard Press.

MacKinnon, C. (2003) A Sex Equality Approach to Sexual Assault. *Annals of the New York Academy of Sciences* 989: 265-275. DOI: 10.1111/j.1749-6632.2003.tb07311.x

MacKinnon, C. (2016) Rape Redefined. *Harvard Law & Policy Review*. Vol. 10 Issue 2: 431-477.

Mills, C. (2005). Ideal theory as ideology. *Hypatia*, Vol. 20(1): 165–183. <https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2005.tb00493.x>

Minow, M. (1988). Feminist Reason: Getting It and Losing It. *Journal of Legal Education*, 38(1–2): 47–60.

Nicolson, D. (2000). Gender, Epistemology and Ethics: Feminist Perspectives on Evidence Theory. In M. Childs and L. Ellison (eds.), *Feminist Perspectives on Evidence*, 13–38. London: Cavendish.

Nicolson, D; Bibbings (ed.) (2000) *Feminist Perspectives on Criminal Law*. London: Cavendish.

- Prinz, Janosch & Rossi, Enzo (2017). Political Realism as Ideology Critique. *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 20(3), 348-365. <https://doi.org/10.1080/13698230.2017.1293908>
- Rossi, E. (2019) Being realistic and demanding the impossible. *Constellations*. V.26, pp. 638–652. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12446>
- Rossi, Enzo, & Argenton, Carlo (2021). Property, Legitimacy, Ideology. *Journal of Politics* 83(3).
- Rossi, E., Sleat, M. (2014). Realism in Normative Political Theory. In *Philosophy Compass*, Vol. 9(1): 689-701. <https://doi.org/10.1111/phc3.12148>
- Shelby, T. (2003). Ideology, racism, and critical social theory. *The Philosophical Forum*, Vol. 34(2): 153–188. <https://doi.org/10.1111/1467-9191.00132>
- Scheppele, K. L. (1992). Just the Facts, Ma'am: Sexualized Violence, Evidentiary Habits, and the Revision of Truth. *New York Law School Law Review*, 37: 123–72.
- Simon-Kerr, J. (2021) Relevance through a Feminist Lens In: *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Edited by: Christian Dahlman, Alex Stein, and Giovanni Tuzet, *Oxford University Press*: 364-379.
- Srinivasan, Amia (2020). Radical Externalism. *Philosophical Review*, Vol. 129, No. 3, 2020: 396-431.
- Tuerkheimer, Deborah, Incredible Women: Sexual Violence and the Credibility Discount (February 16, 2017). 166 *University of Pennsylvania Law Review* No. 17-05, Available at <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2919865>
- Twining, W. (1990). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*. Evanston, IL: Northwestern University Press.
- Unger, R. (1986) *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University.
- West, R. (2008) Sex, Law and Consent. In *The ethics of consent: theory and practice* (Franklin G. Miller & Alan Wertheimer eds., 2010) Georgetown University Law Center. <https://ssrn.com/abstract=1172162>
- West, R. (2011). *Normative Jurisprudence: An Introduction*. Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781139043922.001
- West, R. (2020). Consent, Legitimation and Dysphoria. Georgetown University Law Center. *Modern Law Review*, 83(1): 1-34. <https://ssrn.com/abstract=3636497>
- Wigmore, J.H. (1937) *Wigmore on Evidence*. Boston, Mass: Little, Brown.

Authorship information

Talita Ferrantelli. Talita is a Ph.D. candidate in the Philosophy Department of the London School of Economics and a Junior Lecturer at the PPLE College at the University of Amsterdam. Previously, she completed a Master of Science in Political Theory and a Master of Arts in Philosophy at the University of Amsterdam. She holds a Bachelor's Degree in Law from Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. t.ferrantelli@lse.ac.uk

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

Acknowledgement: I am grateful for feedback and comments from: Enzo Rossi, Ugur Aytac, Hilkje Hänel, Adrian Kreutz, Osny da Silva Filho, Joao Vicente Pereira Fernandez, the anonymous reviewers, the editors of this journal, as well as participants of workshops and conferences at the University of Amsterdam, University of Oslo, and Science Po.

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: 12/12/2022
- Desk review and plagiarism check: 30/12/2022
- Review 1: 19/01/2023
- Review 2: 20/01/2023
- Review 3: 01/02/2023
- Preliminary editorial decision: 15/02/2023
- Editorial process suspension due to pregnancy: 30/03/2023
- Correction round return: 31/08/2023
- Final editorial decision: 20/09/2023

Editorial team

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

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

FERRANTELLI, Talita. Sexual Consent and Epistemic Partiality in Rape Fact-Finding. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1297-1332, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.776>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


A cadeia de custódia da prova e o relatório de inteligência financeira do COAF/UIF: repercussões do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP no âmbito probatório


The custody of chain and the COAF/UIF's financial intelligence report: repercussions of Extraordinary Appeal No. 1.055.941/SP in the evidentiary scope

Matheus Oliveira Araújo¹

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil

mmatheusoliveiraaraujo@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3301049611507437>

 <https://orcid.org/0000-0002-4942-0386>

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar as repercussões probatórias do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, no âmbito do compartilhamento do relatório de inteligência financeira do COAF. A pesquisa é de natureza qualitativa e a metodologia utilizada consistiu em método hipotético-dedutivo, por meio da revisão bibliográfica de autores que versam sobre direito processual penal, inteligência financeira e proteção de dados. Concluiu-se, ao final, que a decisão proferida pela Corte Suprema brasileira impõe a observância da cadeia de custódia para legalidade do compartilhamento do relatório de inteligência financeira, sob pena de inadmissibilidade do relatório no processo.

PALAVRAS-CHAVE: Cadeia de custódia; relatório de inteligência financeira; meio de obtenção de prova; proteção de dados pessoais; autodeterminação informativa.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Monitor de Direito Processual Penal I e II na Faculdade Mineira de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Sócio na Santos, Braga & Araújo Sociedade de Advogados.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the probative repercussions of Extraordinary Appeal No. 1.055.941/SP, within the scope of sharing the COAF financial intelligence report. The research is of a qualitative nature and the methodology consists of a hypothetical-deductive method, through a bibliographic review of authors who deal with criminal procedural law, financial intelligence and data protection. In conclusion, it was determined that the appeal judged by the Brazilian Supreme Court imposes compliance with the chain of custody for the legality of sharing the financial intelligence report, under the chance of inadmissibility of the report in the process.*

KEYWORDS: *Chain of custody; Financial intelligence report; means of obtaining evidence; data protection; informational self-determination.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar e discutir as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941, a fim de responder as seguintes indagações: (i) o entendimento apresentado pela Corte Suprema implica a adoção da cadeia de custódia da prova no âmbito da elaboração e compartilhamento do relatório de inteligência financeira do COAF?; (ii) quais as consequências da inobservância da cadeia de custódia no compartilhamento do RIF?

Dessa forma, o problema a ser enfrentado consiste em constatar se, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, é necessária a observância da cadeia de custódia para a legalidade do compartilhamento de informações entre o COAF e os órgãos encarregados pela persecução penal. Parte-se da hipótese de que as teses fixadas pela Corte Suprema impõem ao COAF e demais órgãos o dever de realizar um relatório da cadeia de custódia para legitimar o compartilhamento de informações, sob pena de inadmissibilidade do relatório no processo. Para isso, buscar-se-á uma análise dos votos proferidos pelos ministros da Corte Suprema, a fim de extrair as principais motivações que levaram a fixação das teses, bem como os principais argumentos que levaram as conclusões adotadas.

Nesse contexto, a pesquisa prosseguirá com a análise da proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de compreender suas repercussões no âmbito criminal. Posteriormente, será

feito um estudo acerca do COAF e suas principais funções desempenhadas. Neste momento, será feito um exame do relatório de inteligência financeira, a fim de identificar sua natureza no âmbito probatório. O instituto da cadeia de custódia será amplamente analisado neste trabalho, com o objetivo de identificar seus fundamentos, suas aplicações e, por fim, as consequências da inobservância do procedimento da cadeia de custódia da prova.

Ao final, será defendida a hipótese de que a cadeia de custódia é o instrumento mais adequado para dar efetividade às teses fixadas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941, devendo todo o procedimento ser registrado nos termos da lei processual, sob pena de ilegalidade do compartilhamento do relatório de inteligência financeira entre o COAF e os órgãos encarregados da persecução penal.

1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.055.941/SP: UMA ANÁLISE DO CASO

No dia 04 de dezembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941 – SP², fixando a tese de que “é constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (...) com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial.” (BRASIL, 2019, p. 2681). Para tanto, a Corte Suprema brasileira estabeleceu que “o compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.” (BRASIL, 2019, p. 2681).

O caso concreto teve início a partir de um processo administrativo instaurado pela Receita Federal em desfavor de dois contribuintes, a

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso extraordinário 1.055.941/SP. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: H.C.H. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5213056>. Acesso em: 07 jul. 2022.

fim de apurar eventual irregularidade em seus rendimentos tributáveis. Diante da inércia dos indivíduos em prestar esclarecimentos, a Receita requisitou, diretamente, das instituições financeiras os extratos bancários dos contribuintes. Dessa forma, a Receita fez uma representação fiscal para fins penais, encaminhando para o Ministério Público, sem prévia autorização judicial, os dados obtidos junto às instituições financeiras. A referida representação foi utilizada pelo Ministério Público Federal para embasar denúncia contra os réus, imputando-lhes a prática de crimes contra a ordem tributária. Ainda, a denúncia foi recebida pelo juízo de primeiro grau, que, posteriormente, proferiu sentença condenatória em desfavor dos réus.

Na sequência, os réus interpuseram recurso de apelação contra a sentença condenatória, visando o reconhecimento de nulidade decorrente do compartilhamento de dados entre a Receita Federal e o Ministério Público Federal, tendo em vista a ausência de decisão judicial fundamentada autorizando previamente tal medida. O recurso defensivo acabou sendo provido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que decretou a referida nulidade, sob o argumento de que as “informações obtidas sem prévia autorização judicial não poderiam embasar a comprovação da materialidade de delito contra a ordem tributária.” (BRASIL, 2019, p. 2896).

Diante do acórdão proferido pelo tribunal de segundo grau de jurisdição, o Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, visando a reforma da decisão. Para fundamentar o recurso interposto, o Ministério Público alegou que o acórdão proferido pelo tribunal de segundo grau teria violado “os arts. 5º, incisos X e XII; 145, § 1º; e 129, inciso VI, da Constituição Federal ao concluir pela ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público Federal para fins penais.” (BRASIL, 2019, p. 2685). Alegou-se, ainda, que não haveria nulidade no compartilhamento de dados, uma vez que foi reconhecida a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001³, bem como existiriam precedentes

³ A Lei Complementar nº 105/2001 é responsável por regular o sigilo das operações realizadas por instituições financeiras. “Esta lei regulamente diversos aspectos do sigilo financeiro, contendo normas de conteúdo administrativo, processual e penal.” (BALTAZAR JÚNIOR, 2005, p. 73).

do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a legalidade desse tipo de compartilhamento com órgãos encarregados pela persecução penal.

Vale ressaltar que, o caso concreto não tratava do compartilhamento de dados, por meio do Relatório de Inteligência Financeira, entre o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e o Ministério Público. O recurso interposto pela acusação versava exclusivamente sobre a atuação da administração tributária nos casos envolvendo matéria penal, todavia, houve uma expansão do tema para abarcar também o compartilhamento dos dados feito pelo COAF, antiga UIF⁴, com os órgãos responsáveis pela persecução penal. O julgamento foi concluído no dia 04 de dezembro de 2019, tendo sido fixada, por 10 (dez) votos a 01 (um), a tese de constitucionalidade do compartilhamento dos dados, conforme se observa na ementa do julgado:

Fixação das seguintes teses: 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. (BRASIL, 2019, p. 2681).

Inobstante o reconhecimento da constitucionalidade do compartilhamento de dados, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal estipulou critérios que devem ser observados para que o referido compartilhamento seja considerado legítimo. Tais critérios serão analisados ao longo desta pesquisa, uma vez que contribuem para a hipótese formulada.

⁴ No dia 20 de agosto de 2019 foi publicada a Medida Provisória nº 893/2019, que alterou o nome do COAF para Unidade de Inteligência Financeira (UIF), transferindo o referido órgão para o Banco Central. Todavia, após a votação da MP nº 893/19 pelo Senado, realizada em novembro de 2019, a mudança de nome foi rejeitada, de modo que o órgão voltou a ser chamado de COAF.

1.1. CONCLUSÕES EXTRAÍDAS DOS VOTOS

O recurso extraordinário que originou o acórdão analisado não discutia o compartilhamento de informações realizado entre o COAF e o Ministério Público, mas tão somente tratava do envio de informações pela Receita Federal. Houve uma expansão do objeto do recurso para abarcar também o compartilhamento de dados feito pelo COAF, uma vez que, após o reconhecimento da repercussão geral do tema, houve pedido liminar formulado nos autos por político investigado em processo que teve origem a partir da troca de informações entre COAF e Ministério Público. Dessa forma, o ministro Dias Toffoli entendeu por incluir tal questão no julgamento, a fim de que o Supremo Tribunal Federal estabelecesse os requisitos que deveriam ser observados pela Receita e COAF para o compartilhamento de dados, bem como estipular quais informações poderiam ser transferidas sem comprometer a proteção constitucional dada à intimidade e ao sigilo de dados. O tema expandido foi julgado e a tese foi fixada pela maioria dos votos, com exceção do ex-ministro Marco Aurélio, que defendeu a necessidade de autorização judicial prévia para legitimar o compartilhamento de dados e informações.

Pela leitura dos votos dos ministros que entenderam pela constitucionalidade do compartilhamento, verifica-se que a grande maioria destacou os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no que diz respeito ao combate à lavagem de dinheiro feito por organizações criminosas e terroristas. Ainda, ressaltaram que a exigência de uma decisão judicial prévia dessa troca de informações poderia inviabilizar o dever de comunicação atribuído ao COAF, o que esvaziaria a sua função de relatar movimentações atípicas aos órgãos competentes.

Alguns ministros argumentaram que o compartilhamento de dados em questão não representaria uma quebra do sigilo bancário e fiscal, mas sim uma transferência de sigilo que, se realizada nos termos legais, não haveria nenhuma ilicitude nessa transferência, cabendo aos órgãos encarregados pela persecução penal o dever de preservar o sigilo das informações recebidas. Assim, esse tipo de transferência seria prescindível de autorização judicial prévia.

Por outro lado, diversos ministros se mostraram preocupados em estabelecer requisitos para permitir o controle judicial posterior ao

compartilhamento, no intuito de evitar práticas como o *fishing expedition* (pesca probatória), bem como a manipulação das informações obtidas. Dessa forma, o ministro relator destacou a importância de que o compartilhamento de informações seja feito exclusivamente por meio de sistemas oficiais, mediante comunicações formais e instrumentos capazes de apurar e corrigir eventuais desvios. Além disso, estipulou-se que somente seria possível o compartilhamento das informações que já constam na base de dados da Receita/COAF, sendo vedada a transferência de informações que não estejam presentes nos sistemas dos órgãos supramencionados.

A transparência na troca de informações entre Receita/COAF e Ministério Público se mostrou um requisito essencial, conforme se observa na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, que vedou o compartilhamento de dados mediante operações informais. Tal ressalva é fruto da preocupação da Corte Suprema com o devido processo legal, especificamente com os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, tendo em vista que a informalidade da troca de informações prejudicaria o controle judicial no curso do processo, impedindo o investigado de verificar a integridade e autenticidade das informações compartilhadas, bem como eventuais desvios pelos responsáveis que tiveram contato com os dados obtidos.

Sem adentrar no mérito da decisão no que tange à constitucionalidade ou não do compartilhamento de dados sem autorização judicial prévia, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal estipulou requisitos relevantes para que a referida troca de informações entre Receita/COAF e Ministério Público seja considerada lícita, sob pena de ilicitude dos dados compartilhados. Tais requisitos são extraídos do item 2 da ementa do acórdão.

A partir da leitura do trecho acima, constata-se que a legitimidade do compartilhamento dependerá da utilização de comunicações formais, a fim de possibilitar a apuração e correção de eventuais desvios, permitindo, assim, um controle judicial sobre os elementos extraídos do relatório de inteligência financeira do COAF. Tais condições estabelecidas no acórdão remetem ao instituto da cadeia de custódia, que prevê uma série de procedimentos para a documentação da história cronológica de vestígio relacionado à prática de algum crime, no intuito de assegurar a

autenticidade e a integridade do elemento colhido no curso de uma investigação. Corroborando com esta ideia, Borges (2021, p. 70) destaca que:

A cautela procedimental afirmada na segunda parte da tese fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal – que recupera a importância da noção de cadeia de custódia das provas digitais – consubstancia condição para a garantia do imperativo de separação organizacional e informacional entre o órgão de inteligência e os órgãos incumbidos da investigação criminal. Sob essa perspectiva, convém explorar de forma mais aprofundada a exigência de formalização das interações entre o COAF e os órgãos de persecução criminal. Se é verdade que todos os meios de obtenção de prova acionados pela acusação devem contar com integral registro e documentação no procedimento investigatório, essa mesma preocupação revela-se ainda mais quando está em jogo o controle procedimental das interações entre o COAF e os órgãos de persecução.

A priori, o instituto processual da cadeia de custódia se mostra em consonância com os requisitos estipulados no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que constitui o meio mais adequado de assegurar a autenticidade e a integridade da prova, permitindo à defesa o acesso à história cronológica do vestígio e, ainda, possibilitando ao magistrado exercer o controle sobre a legalidade da prova levada pela acusação ao processo. De fato, uma das preocupações iniciais do ministro Dias Toffoli⁵ era estabelecer critérios para regular o compartilhamento de dados entre Receita/COAF e Ministério Público, tendo em vista a ausência de uma legislação mais específica para regular essa troca de informações.

O objetivo, conforme destacado pelo ministro relator, era estipular regras para o funcionamento desse sistema de compartilhamento entre os órgãos administrativos de inteligência e os órgãos encarregados pela persecução penal, a fim de possibilitar o combate à lavagem de dinheiro em conformidade com os direitos e garantias fundamentais relativos ao sigilo dos dados financeiros.

⁵ É nesse sentido que, ao longo de meu voto, demonstro a necessidade de que, ao julgarmos esse caso, que está em repercussão geral, firmemos uma tese sobre como deve funcionar todo esse sistema de compartilhamento. (BRASIL, 2019, p. 2691).

2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Por um período considerável, o ordenamento jurídico brasileiro carecia de uma legislação dedicada à proteção de dados pessoais, em vez disso, existiam leis dispersas que não abordavam de forma abrangente esse assunto. Silva (2021, p. 206) esclarece que, embora essas leis pudessem ser adequadas para algumas situações, no geral, essa proteção fragmentada se revelou inadequada para enfrentar os desafios contemporâneos decorrentes da coleta em larga escala de dados.

Dessa forma, parte da doutrina defendia que o direito à proteção de dados pessoais estava implícito na Constituição da República, podendo ser extraído a partir de seu art. 5º, incisos X e XII⁶⁷. Assim, o direito à proteção de dados seria uma consequência do direito à privacidade. Esta pode ser compreendida como “o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.” (PEREIRA, 1980, p. 15).

Ocorre que, com o avanço tecnológico, o tratamento de dados pessoais se tornou um fenômeno mais intenso, possibilitando cada vez mais a coleta maciça de informações, tanto por empresas privadas como pelo poder público, o que evidenciou a necessidade de se fornecer uma proteção maior aos titulares desses dados, diante do risco de vazamento dessas informações, que poderiam ser utilizadas em prejuízo aos titulares. Sendo assim, em 2018, após um longo debate, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

⁶ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

⁷ Em 2020, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387, o Supremo Tribunal Federal declarou a proteção de dados pessoais como um direito fundamental implícito decorrente do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição da República.

Posteriormente, para afastar quaisquer dúvidas acerca da existência ou não de uma proteção constitucional aos dados pessoais, em fevereiro de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, que incluiu o inciso LXXXIX no rol do art. 5º da Constituição da República, que prevê que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.” (BRASIL, 2022). É possível afirmar, portanto, que o direito à proteção de dados pessoais se trata de um direito fundamental expressamente previsto no texto constitucional vigente. Afinal, “a proteção de dados constitui não apenas um direito fundamental entre outros: é o mais expressivo da condição humana contemporânea.” (RODOTÀ, 2008, p. 21).

Conforme prevê o art. 5º, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados, dado pessoal é toda a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.” (BRASIL, 2018). Dessa forma, qualquer informação que possa ser vinculada a um indivíduo, seja ele identificado ou identificável, é considerada dado pessoal e, por conseguinte, está sujeita a aplicação da LGPD.

Destaca-se, inicialmente, um dos principais fundamentos que disciplinam a proteção de dados pessoais, qual seja, a autodeterminação informativa. Rodotà (2008, p. 15) define a autodeterminação informativa como sendo um “poder permanente de controle sobre os seus próprios dados.” Refere-se, portanto, ao domínio pessoal que o titular mantém sobre seus próprios dados, os quais permanecem de sua propriedade, mesmo quando estão sob processamento por empresas privadas ou entidades públicas.

O conceito da autodeterminação informativa surge após o histórico julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1983. Na decisão proferida pela Corte Suprema alemã, restou entendido pela parcial constitucionalidade da Lei do Censo aprovada no ano de 1982, uma vez que a referida lei possibilitava ao estado a coleta massiva de dados pessoais, sem, contudo, informar aos titulares qual seria a finalidade da coleta, tampouco permitia aos titulares exercerem o controle sobre as informações coletadas, o que, no entendimento do tribunal, configuraria um cerceamento da liberdade dos cidadãos.⁸

⁸ O livre desenvolvimento da personalidade pressupõe, sob as modernas condições de processamento de dados, a proteção do indivíduo contra

Verifica-se, portanto, que, como consequência da autodeterminação informativa, o tratamento de dados pessoais realizado por empresas privadas ou pelo poder público precisa estar vinculado a uma finalidade específica, sob pena de invalidade do procedimento, nos termos do art. 6, inciso I, da LGPD. “É que uma das exigências que a autodeterminação informacional impõe à atuação do Estado (...) é a vinculação finalística do tratamento dos dados pessoais.” (BORGES, 2021, p. 74). Novamente, a decisão proferida pelo tribunal alemão reconheceu “a ideia de que o manejo de dados pelo poder público – em particular, dados pessoais – está submetido ao princípio da vinculação finalística ou da vinculação a um fim:” (BORGES, 2021, p. 76). Neste sentido, Wolter (2018, p. 45) relembra que “[a] própria decisão do censo insistiu na separação entre estatística e administração: os dados obtidos para fins estatísticos não podem ser utilizados, sem mais, para fins administrativos.”

Evidente, portanto, que o tratamento de dados pessoais precisa estar vinculado a uma finalidade previamente estabelecida, sendo que esta finalidade deve ser cumprida, não sendo admitidos desvios ao longo do tratamento. Tal princípio assegura uma maior proteção ao titular dos dados, a fim de que possa ter conhecimento do que está sendo feito com as suas informações custodiadas pelos agentes de tratamento. Acerca da importância de assegurar a proteção aos dados pessoais, destaca-se a lição de Frazão, Carvalho e Milanez (2022, p. 6):

Daí por que a tutela de dados pessoais não diz respeito propriamente a esconder aspectos privados das vidas dos indivíduos, mas sim estabelecer o controle das informações a seu respeito e delimitar o poder que os agentes de tratamento têm a partir dessas informações, inclusive para o fim de impedir que exerçam tal poder contra a população.

levantamento, armazenagem uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais. Essa proteção, portanto, é abrangida pelo direito fundamental do Art. 2 I c.c. Art 1 I GG. O direito fundamental garante o poder do cidadão de determinar em princípio ele mesmo sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais.⁹² (BVERGE 65, 1, Volkszählung) MARTINS, Leonardo. (org.) Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

O principal objetivo da proteção de dados, portanto, não é resguardar o sigilo das informações de um indivíduo, mas sim estabelecer limites ao poder obtido por meio do tratamento massivo de dados pessoais, diante do risco que essa atividade cria para os próprios titulares dos dados.

Dessa forma, transportando a presente discussão para o campo penal, Borges (2021, p. 80) explica que, no âmbito criminal, a proteção de dados tem como consequência a vedação da fusão de órgãos de segurança, uma vez que tal fusão implicaria a extinção dos limites existentes entre as atividades de inteligência e de repressão criminal, com a consequente fragilização de direitos fundamentais, diante da ampliação e acesso irrestrito à informação que os órgãos investigatórios teriam. O objetivo é evitar que a unidade de inteligência financeira se torne mero acessório dos órgãos responsáveis pela persecução penal. “A realização desse objetivo exige considerar que a dimensão objetiva do direito à autodeterminação informativa determina a criação de procedimentos e mecanismos institucionais capazes de conferir efetividade ao direito à proteção de dados.” (BORGES, 2021, p. 80).

Não há dúvidas de que o direito à proteção de dados se estende para o campo penal. Assim, é dever dos órgãos de atividade de inteligência e dos órgãos encarregados pela persecução penal adotarem todas as medidas necessárias para resguardar os dados pessoais de indivíduos submetidos à análise ou investigação, estabelecendo limites ao poder decorrente do tratamento de dados pessoais, sob pena de violação de direitos fundamentais.

3. O CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS

A necessidade de combater organizações criminosas e terroristas, a partir da inviabilização dos recursos financeiros ilícitos obtidos por esses grupos, fez com que diversos países adotassem em seus ordenamentos jurídicos instituições responsáveis por fiscalizar e regular as transações realizadas no âmbito do sistema financeiro. Tais instituições foram denominadas de Unidades de Inteligência Financeira – UIF. Para atender a demanda global de combate à entrada de dinheiro ilícito no sistema financeiro, foi criado pelo Brasil, em 1998, o Conselho de Controle de

Atividades Financeiras – COAF, que é a unidade de inteligência financeira brasileira. Nos termos do art. 14 da Lei nº 9.613/98, o COAF desempenha as funções de “(...) disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.”

Trata-se, assim, de órgão administrativo responsável por “monitorar informações, sistematizar dados e gerar relatórios precisos sobre práticas de mascaramento de capitais, manejado por equipes qualificadas para gestão do conhecimento e para o desenvolvimento de novas estratégias de localização e averiguação de atos de lavagem.” (BADARÓ, BOTTINI, 2019, p. 34).

Em virtude de sua natureza administrativa, não compete ao COAF promover medidas cautelares como a quebra de sigilo, tampouco iniciar investigações, uma vez que sua competência se situa na esfera da gestão e análise de dados, que podem ser compartilhados com os órgãos competentes para dar seguimento a persecução penal. O COAF exerce, exclusivamente, atividade de inteligência financeira, que não se confunde com atividade investigativa, pois esta é exercida pelos órgãos competentes para promover a persecução penal. Acerca desta diferenciação de atividades, Borges (2021, p. 71) ressalta a importância de haver uma separação entre órgãos de inteligência financeira e investigação criminal:

Como os órgãos de inteligência têm acesso privilegiado a um amplo conjunto de dados pessoais dos cidadãos, caso viessem a desempenhar um papel de auxílio aos órgãos de repressão criminal, poderiam facilmente violar os limites constitucionais impostos à atividade persecutória do Estado decorrentes da proteção da vida privada e do devido processo legal, sem que isso pudesse se sujeitar ao controle do Poder Judiciário.

É adequado e recomendado que a atividade de inteligência não se misture com atividades investigativas, a fim de assegurar uma proteção maior aos direitos fundamentais dos indivíduos, pois, caso houvesse uma junção irrestrita entre os órgãos mencionados, os órgãos encarregados pela persecução penal teriam amplo e irrestrito acesso à base de dados coletados pelos órgãos de inteligência financeira, sem, contudo, haver a possibilidade de controle desse acesso por parte do Poder Judiciário.

Destaca-se, ademais, as funções atinentes à supervisão, no âmbito administrativo, de setores sensíveis da economia, por exemplo, instituições financeiras, cartórios, joalherias, comerciantes de artigos de luxo etc. No tocante aos setores sensíveis supervisionados pelo COAF, este poderá elaborar regras para regular tais atividades econômicas, estipulando métodos para registrar informações relativas a clientes, bem como formas de identificar e comunicar atos suspeitos de lavagem de dinheiro.

Além do dever de comunicação, o COAF ainda pode requisitar informações a qualquer entidade que opere nos setores considerados sensíveis, cabendo a tais entidades, nos termos do art. 10, inciso V, da Lei nº 12.683/12, “atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.” (BRASIL, 2012). Vale ressaltar que, após o advento da Lei nº 12.683/21, as requisições feitas pelo COAF não precisam mais de autorização judicial para serem atendidas, o que era requisito imprescindível na redação antiga do art. 10 da lei supramencionada. Destaca-se, por fim, “(...) que as informações protegidas por sigilo legal ou constitucional continuam resguardadas – seja pela hierarquia constitucional, seja pela especialidade das leis de proteção de sigilo – e sua obtenção ainda exige autorização do judiciário.” (BADARÓ, BOTTINI, 2019, p. 45).

3.1 O RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA DO COAF

O Relatório de Inteligência Financeira – RIF – é um documento elaborado pelo COAF, com o objetivo de compilar informações decorrentes de comunicações recebidas dos sujeitos previstos no art. 9º da Lei nº 9.613/98. O RIF, portanto, registra transações suspeitas que tenham sido comunicadas pelas instituições obrigadas, de modo a permitir a análise dos dados obtidos. A elaboração do RIF se divide em três etapas, quais sejam, (i) busca e coleta de dados; (ii) processamento e análise; e (iii) difusão.

Na primeira etapa, é feita uma coleta de dados a partir das comunicações enviadas pelas pessoas obrigadas, conforme previsto no rol do art. 9º da Lei nº 9.613/98, de acordo com alterações promovidas pelas Leis

nº 12.683/2012 e 14.478/2022⁹. Ainda, há a consulta de fontes abertas, por exemplo, notícias veiculadas por jornais, “como também em fontes fechadas ou protegidas pelo sigilo, hipótese em que o acesso pelo COAF é legitimado por lei, como, por exemplo, a Lei Complementar n. 105/2001, que trata do sigilo bancário.” (BECHARA, 2016, p.175).

Encerrada a primeira etapa, tem-se início a segunda fase, na qual os dados obtidos serão analisados, mediante confrontação, a fim de identificar desconformidades ou outras inconsistências que possam indicar a ocorrência de movimentações financeiras atípicas. É importante destacar que, conforme lição de Bechara (2016, p. 175), não compete ao COAF exercer nenhum juízo de valor acerca da ocorrência ou não do crime de lavagem de dinheiro, uma vez que o referido órgão não exerce função de investigação criminal.

Por fim, após a análise dos dados, caso fique constatada uma situação de anormalidade nas movimentações examinadas, os dados obtidos por meio da confrontação de informações serão instrumentalizados em um documento chamado de Relatório de Inteligência Financeira – RIF, dando início à terceira etapa. Por se tratar de um documento que contém informações sigilosas, é necessário que seu compartilhamento e sua custódia sejam devidamente observados, a fim de evitar a violação dos dados contidos no relatório. Dessa forma, Bechara (2016, p. 176) destaca que “os órgãos receptores do relatório de análise financeira do COAF assumem o compromisso e a responsabilidade de manter o sigilo e custodiar o documento.”

Preservar o sigilo das informações contidas no RIF é um dever dos agentes receptores de tais informações, pois o ato de compartilhamento nada mais é do que a transferência de conhecimento do COAF para os órgãos responsáveis pela condução da persecução penal.

⁹ A Lei nº 14.478, de dezembro de 2022 entrou em vigor recentemente, promovendo alterações na Lei nº 9.613/98, em virtude da nova realidade atrelada às criptomoedas. Sendo assim, as prestadoras de serviços de ativos virtuais se tornam obrigadas a realizar comunicações para o COAF, alertando sobre movimentações suspeitas, conforme previsto no art. 9º, inciso XIX, da Lei de Lavagem de Dinheiro.

3.2 O RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Antes de constatar o relatório de inteligência financeira como um meio de obtenção de prova, é importante distinguir, inicialmente, as fontes de prova, os meios de prova e meios de obtenção de prova. Segundo Badaró (2020, p. 431), “a fonte de prova é tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, uma pessoa, um documento ou uma coisa.” Por exemplo, o indivíduo que presencia um homicídio na porta de sua casa.

Os meios de prova, por sua vez, são “instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção de prova). São, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz.” (GOMES FILHO, 2005, p. 305). Neste sentido, a fonte de prova, que é o indivíduo que presencia uma ação delituosa, somente é introduzida no processo por meio de seu depoimento prestado perante um juízo, na presença das partes.

Por fim, os meios de obtenção de prova “são os instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova. Não propriamente “a prova”, senão meios de obtenção.” (LOPES JR., 2020, p. 404). Conforme o próprio nome diz, são aqueles meios empregados para se chegar às fontes de provas, por exemplo, a busca e apreensão determinada por um juiz que consegue obter uma série de documentos de uma empresa que atestam a ocorrência de uma falsidade contábil.

É, portanto, uma tendência doutrinária fazer uma diferenciação entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Neste sentido, Badaró (2020, p. 432) faz a seguinte distinção:

A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (por exemplo, um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de

obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Verifica-se, assim, que os meios de obtenção de prova se caracterizam pela restrição de direitos e garantias fundamentais do indivíduo que sofre a medida, especialmente no que diz respeito à privacidade e intimidade. O investigado que sofre uma busca e apreensão em seu domicílio, ou tem seu sigilo bancário devassado por decisão judicial acaba por sofrer interferências em direitos fundamentais que jamais poderiam ser relativizados em situações de normalidade.

Traçadas as distinções acima, percebe-se que o RIF pode ser classificado como um meio de obtenção de prova sempre que estiver relacionado a uma investigação de um fato delituoso. Conforme mencionado em tópico anterior, o RIF tem natureza de atividade de inteligência e, por conseguinte, não pode ser considerado como meio de prova, uma vez que é produzido por um órgão de inteligência, que não exerce atividades investigativas. Além disso, sua elaboração se dá sem a presença das partes, ou seja, sem a possibilidade contraditório para a defesa do investigado.

Constata-se que o RIF é um meio de se obter fontes de prova, quais sejam, os dados coletados pelo COAF por meio de fontes abertas ou fechadas, sendo, portanto, um instrumento para obtenção de informações referentes a uma determinada investigação. “O valor da prova nesse caso está no conteúdo e não no relatório, muito menos no resultado da análise do COAF, que não tem caráter pericial, nem mesmo valor probatório.” (BECHARA, 2016, p. 180).

Vale lembrar que, por se tratar de meio de obtenção de prova, a elaboração do RIF implica a restrição de direitos fundamentais do indivíduo objeto do relatório, especialmente no tocante ao direito à proteção de dados, uma vez que há intromissão na privacidade do sujeito, mediante a obtenção de informações sigilosas relativas as suas transações financeiras. Tal fato evidencia, mais uma vez, a necessidade de se adotar medidas para evitar a violação de seu conteúdo e, conseqüentemente, preservar os dados pessoais contidos no relatório.

4. A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A cadeia de custódia, introduzida no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei nº 13.964/19, por meio dos artigos 158-A ao 158-F, constitui um importante avanço processual no que diz respeito às formas de assegurar a integridade e a autenticidade dos elementos de prova colhidos durante a fase de investigação de um delito. Contudo, sua existência e tratamento doutrinário é anterior ao advento da referida lei, tamanha a importância do tema para a preservação de provas.

Geraldo Prado (2021, p. 153) esclarece que a cadeia de custódia tem como fundamento lógico e epistemológico os princípios da mesmidade e da desconfiança. O primeiro princípio determina que “a prova valorada é exatamente e integralmente aquela que foi colhida, correspondendo, portanto, “a mesma”.” (LOPES JR., 2020, p. 411). Neste sentido, Badaró (2017, p. 522) esclarece que, para garantir a autenticidade e integridade, é preciso adotar certos cuidados para assegurar que o objeto levado ao processo seja o mesmo que foi encontrado e apreendido inicialmente. Por sua vez, o princípio da desconfiança “consiste na exigência de que a prova (documentos, DNA, áudios etc.) deva ser “acreditada”, submetida a um procedimento que demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alegar ser.” (LOPES JR., 2020, p. 412). Ou seja, não basta a autoridade policial apresentar as evidências colhidas, é necessário, ainda, que a integridade e autenticidade das evidências sejam demonstradas para se acreditar naquela prova apresentada. A credibilidade da prova não decorre automaticamente do cargo¹⁰ exercido pela autoridade policial, mas sim da demonstração fática¹¹ de que o elemento de prova foi devidamente preservado.

¹⁰ Menezes et al (2019, p. 283) explicam que o princípio da desconfiança é uma consequência do estado democrático de direito, pois não é possível afirmar com certeza que o objeto sob exame seja exatamente o que a parte alega ser. Por conseguinte, o julgador não deve atribuir confiança especial a nenhuma das partes, especialmente quando uma delas representar o Estado.

¹¹ Prado (2021, p. 194) ressalta que “durante a investigação é que deve ficar demonstrado que o elemento probatório não foi manipulado pelo seu detentor original e pelos agentes do Estado responsáveis pela custódia, e que, portanto, está preservado e íntegro à disposição da defesa e do juiz.”

A definição legal de cadeia de custódia está prevista no art. 158-A do Código de Processo Penal, que a conceitua como sendo “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.” Badaró (2017, p. 523) explica que a cadeia de custódia se dá por meio de um processo contínuo de documentação, começando quando a fonte de prova é encontrada e seguindo até sua inclusão ao processo. Para tanto, é fundamental certificar como, onde e por quem esses elementos relevantes para a reconstrução dos eventos no contexto do processo foram preservados.

É, portanto, a primeira etapa envolvendo a produção de provas, tendo como objetivo “saber se um determinado elemento probatório está em condições de ser avaliado, ou seja, se o elemento probatório pode ser objeto de avaliação (...).” (PRADO, 2021, p. 144). São um conjunto de procedimentos que filtram os elementos probatórios, a fim de constatar se será possível ou não a sua admissão nos autos, de modo a constituir uma verdadeira “prova sobre a prova”. Neste sentido, Ferrer-Beltrán (2007, p. 87) esclarece que:

A prova sobre a prova, por outro lado, supõe um controle sobre a fiabilidade das provas existentes, que a confirmem ou a impugnem. Se trata de provas que não versam direta ou indiretamente sobre os fatos do caso, senão sobre outras provas, e são essenciais em muitos casos para uma correta valoração individual da prova, para determinar o grau de confiabilidade que oferecem. (Tradução livre).

Verifica-se que a cadeia de custódia exerce função de filtragem dos elementos probatórios levados ao processo, distinguindo os elementos de maior fiabilidade em detrimento daqueles de menor confiança. Além disso, Januário (2021, p. 1478) destaca a pertinência da cadeia de custódia na concretização do contraditório, uma vez que possibilita às partes questionar não apenas a legalidade da obtenção da fonte de prova, mas também a oportunidade de contestar os métodos empregados, bem como a integridade e autenticidade da evidência.

Trata-se, portanto, de relevante instrumento que possibilita ao julgador valorizar as provas apresentadas pelas partes a partir do grau de

fiabilidade demonstrado por elas, de modo que a documentação cronológica se mostra o meio mais adequado para o registro da cadeia de custódia. Neste aspecto, Prado (2021, p. 168-169) informa o que deve estar contido na documentação cronológica da custódia do elemento probatório:

- a) os protocolos de coleta/extração do dado ou elemento probatório, de sorte a comprovar que não houve supressão, inclusão ou alteração de elementos que afete a qualidade de prova autêntica e íntegra, em atenção ao princípio da mesmidade;
- b) os cuidados que foram adotados, voltados à transparência do processo anterior, que igualmente demonstrem que houve controle por terceiros da coleta/extração, acondicionamento, transporte e preservação do elemento probatório, isso em reverência ao princípio da desconfiança;
- c) a cadeia de pessoas que tiveram contato com o elemento probatório e os respectivos títulos e motivos, se funcionário público ou terceiro à administração, se para o transporte ou exame do vestígio etc.

É de suma importância que, no relatório cronológico, seja registrado o nome de cada uma das pessoas que tiveram contato com os elementos de prova, bem como o motivo que justificou tal contato. Este é o melhor meio de constatar eventuais adulterações que a prova possa sofrer, uma vez que possibilita o questionamento de cada um dos indivíduos que manipulou o elemento probatório. Por fim, é importante registrar os cuidados que foram tomados na preservação dos elementos, indicando a forma em que foram lacrados e os métodos utilizados para preservação da integridade do vestígio.

Corroborando com o exposto acima, destaca-se a lição de Robert A. Doran (2011), citado por Prado (2021, p. 160), ao afirmar que “a cadeia de custódia é um processo usado para manter e documentar a história cronológica da evidência. Este processo deve resultar num produto: a documentação formal do processo.” Afinal, a documentação da história cronológica da evidência é a única forma de se atestar se houve ou não quebra da cadeia de custódia. A ausência desse documento, por conseguinte, impede a verificação da veracidade e integridade dos elementos de prova, gerando desconfiança (princípio da desconfiança) e

inadmissibilidade do elemento como prova no processo, conforme será exposto a seguir.

É de se questionar se a cadeia de custódia também seria aplicável aos meios digitais, uma vez que, da forma posta pela lei, a princípio, o procedimento seria válido apenas para evidências físicas. Todavia, não restam dúvidas de sua aplicabilidade nas evidências digitais, especialmente quando se constata que estas são mais suscetíveis a manipulações¹², o que reforça, ainda mais, a necessidade de adoção de um procedimento capaz assegurar a integridade e a autenticidade dos elementos probatórios digitais. Badaró (2017, p. 522) defende a aplicação da cadeia de custódia nas chamadas provas imateriais, de modo que é necessário a documentação da cadeia de custódia de todos os elementos obtidos eletronicamente. Matida (2021, p. 19) também entende que a cadeia de custódia se aplica às provas imateriais¹³, devendo a aceção da palavra “vestígios” ser ampliada para abarcar vestígios digitais como troca de e-mails, interceptação telefônica, mensagens por aplicativo etc.

Válido mencionar, ainda, o precedente da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 143.169/RJ¹⁴, no qual foi reconhecida a aplicabilidade da cadeia de custódia nas provas digitais. Neste sentido, merece destaque o seguinte trecho do voto proferido pelo ministro Ribeiro Dantas:

Quando entram em cena as fontes de prova imateriais, ou aquelas que, conquanto tenham um suporte físico, são essencialmente intangíveis (a exemplo dos dados informáticos), não é diferente: em observância às peculiaridades dessas espécies probatórias, há

¹² Acerca da suscetibilidade de adulteração das provas digitais, Prado (2021, p. 192) destaca que “Na atualidade, toda a literatura sobre provas digitais alerta para os graves riscos de manipulação ou perda da integridade dos elementos probatórios, com prejuízo a sua autenticidade, e isso não é relevado pelo ordenamento jurídico ao considerar as consequências que advém da constatação da imprecisão técnica e das condições de preservação de elementos probatórios desta natureza.”

¹³ No mesmo sentido, Januário (2021, p. 1477): “Pode-se falar também, em cadeia de custódia de elementos imateriais, tais como registros eletrônicos, conversas telefônicas, e-mails, mensagens de voz, fotografias, vídeos da internet, dentre outros.”

¹⁴ BRASIL, AgRg em HC nº 143.169/RJ, 2023.

técnicas específicas que precisam ser adotadas pelo aparato sancionador para garantir objetivamente a confiabilidade das provas por ele produzidas. (BRASIL, AgRg em HC nº 143.169/RJ, 2023).

Não faria sentido aplicar o instituto da cadeia de custódia apenas para as provas materiais, especialmente quando se constata uma maior facilidade de adulteração das provas digitais. Sendo assim, é adequada a adoção do procedimento da cadeia de custódia para provas imateriais, mostrando-se correto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a aplicabilidade do referido instituto processual no âmbito das provas digitais.

4.1 As CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Muito se discute acerca das consequências da violação da cadeia de custódia, especialmente porque a Lei nº 13.964/19 não previu expressamente nenhuma sanção para a inobservância de alguma das etapas descritas nos arts. 158-A ao 158-F do Código de Processo Penal. Badaró (2020, p. 514) defende a posição de que a existência de vícios na cadeia de custódia, por si só, não deve gerar automaticamente a inadmissibilidade da prova, especialmente nos casos envolvendo irregularidades leves, que não demonstrem concretamente a adulteração do elemento de prova sob análise. Dessa forma, o referido autor entende que, a depender da irregularidade, é possível a admissão e valoração do elemento probatório. No que tange a irregularidades na cadeia de custódia de maior gravidade, Badaró (2020, p. 514-515) explica que:

Por outro lado, no caso de vícios mais graves, em que se tenham dúvidas sobre a autenticidade ou a integridade da fonte de prova, em que haja uma probabilidade de que ela tenha sido adulterada, substituída ou modificada, isso enfraquecerá seu valor, cabendo ao julgador, motivadamente, fazer tal análise. Evidente que, em tal caso, se se considerar atendível um meio de prova, decorrente de fonte sobre a qual haja irregularidades na cadeia de custódia, haverá uma inegável necessidade de reforço justificativo demonstrando o porquê ser possível confiar na autenticidade e integridade de tal fonte.

Constata-se um posicionamento que identifica um enfraquecimento no valor da prova que possui vícios em sua cadeia de custódia, todavia, é possível a admissibilidade do elemento de prova pelo julgador, desde que seja justificada a possibilidade de confiança na integridade do elemento probatório. A violação da cadeia de custódia, portanto, exigirá um maior esforço argumentativo para justificar a admissão do elemento de prova. Acompanhando este entendimento, Dallagnol e Câmara (2019, p. 564-65) defendem que a quebra da cadeia de custódia não implica a sua inadmissibilidade, mas sim em sua valoração, de modo que o elemento probatório poderá ter um peso menor a depender do grau da irregularidade.

Vale destacar, contudo, que o entendimento de Badaró mencionado acima não se aplica às provas digitais. Para o referido autor, a prova digital é considerada atípica, diante da inexistência de previsão legal expressa, bem como tem por característica uma maior volatilidade, estando mais sujeita a alterações. Dessa forma, “para sua admissão no processo deve haver prévia comprovação de sua integridade e autenticidade, sendo essencial a documentação completa da cadeia de custódia (...)”. (BADARÓ, 2023, p. 186). Badaró então conclui que, nas provas digitais, a ausência de documentação completa da cadeia de custódia torna a referida prova inadmissível no processo, uma vez que não será possível analisar sua integridade e autenticidade.

De outro lado, tem-se o posicionamento defendido por Geraldo Prado e Janaína Matida. Ambos entendem que a violação da cadeia de custódia tem como consequência a exclusão obrigatória do elemento probatório. Para tanto, Matida (2021, p. 22) esclarece que “um elemento probatório não custodiado como deveria tem o potencial lesivo de dar suporte a uma hipótese fática possivelmente falsa, conferindo-lhe injustificados contornos persuasivos.” No mesmo sentido, Prado (2021, p. 216) aponta que:

A quebra da cadeia de custódia – “*break on the chain of custody*” – torna inadmissível o produto da atividade probatória, que se trate de meio ou de fonte de prova. O que parece uma medida meramente protocolar, consistente em relacionar e em apor lacres aos objetos da apreensão, em realidade consiste em garantia de fiabilidade da prova.

Corroborando com o posicionamento de que a consequência da quebra da cadeia de custódia implicada a inadmissibilidade dos elementos probatórios, Lopes Jr. (2020, p. 459) afirma que “sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada.” Esta corrente entende que a violação da cadeia de custódia transforma os elementos probatórios colhidos em prova ilícita¹⁵.

Adotando um posicionamento intermediário, Dezem (2022, p. 733) defende que “a consequência da violação da cadeia de custódia pode ser a nulidade da prova, sua ilicitude ou simplesmente o enfraquecimento da força probante deste meio de prova. A consequência dependerá da violação havida na cadeia de custódia.” Para tanto, Dezem (2022, p. 733) esclarece que “violações de direito material irão gerar ilicitude da prova, violação ligadas a atos processuais irão gerar nulidade processual e há aquele grau de violação que não afeta a integridade da prova, mas reduz seu valor.” Este posicionamento parte da ideia de que as nulidades só podem ser reconhecidas quando houver a demonstração do prejuízo, conforme disposto no art. 563¹⁶ do Código de Processo Penal.

No âmbito da jurisprudência do Tribunais Superiores, percebe-se uma aproximação com a posição intermediária, de que a quebra da cadeia de custódia só implicará a inadmissibilidade da prova quando houver a demonstração do prejuízo. Neste sentido, destaca-se o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp 1.764.654/RJ¹⁷, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

(...).1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado,

¹⁵ Neste sentido, Prado (2021, p. 217) esclarece que “Ao ser quebrada a cadeia de custódia da prova há em regra prejuízo à comprovação e/ou refutação dos elementos informativos, requisito de verificação dos fatos penalmente relevantes. Com isso, os elementos apreendidos não podem ser empregados validamente como fonte ou meio de prova. Traduzem-se em prova ilícita.”

¹⁶ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

¹⁷ STJ - AREsp: 1764654 RJ 2020/0249172-8, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: DJ 11/06/2021.

sendo certoque qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita (AgRg no HC 615.321/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 12/11/2020).(...).3. Ademais, importante destacar que a jurisprudência desta Corte superior se firmou no sentido de que, no campo da nulidade no processo penal, vigora o princípio *pas de nulité sans grief*, previsto no art. 563, do CPP, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (Súmula 523/STF).Desse modo, como as provas existentes nos autos ou foram colhidas nafase inquisitorial e posteriormente contraditadas em Juízo, ou foram produzidas em conformidade com os princípios do contraditório e da ampla defesa em sede judicial, são bastantes para demonstrar que os crimes ocorreram do modo como descritos na inicial acusatória, não tendo a defesa apontado prejuízos ocorridos em razão dos alegados vícios. (...).

No mesmo sentido, destaca-se o entendimento apresentado no *Habeas Corpus* n^o 653.515/RJ¹⁸, de relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz:

(...)

7. Mostra-se mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sope-sadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.

9. O fato de a substância haver chegado para perícia em um saco de supermercado, fechado por nó e desprovido de lacre, fragiliza, na verdade, a própria pretensão acusatória, porquanto não permite identificar, com precisão, se a substância apreendida no local dos fatos foi a mesma apresentada para fins de realização de exame pericial e, por conseguinte, a mesma usada pelo Juiz sentenciante

¹⁸ HC n. 653.515/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 1/2/2022.

para lastrear o seu decreto condenatório. Não se garantiu a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados (art. 158-D, § 1º, do CPP). A integralidade do lacre não é uma medida meramente protocolar; é, antes, a segurança de que o material não foi manipulado, adulterado ou substituído, tanto que somente o perito poderá realizar seu rompimento para análise, ou outra pessoa autorizada, quando houver motivos (art. 158-D, § 3º, do CPP). (...).

No julgado acima, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela absolvição do paciente acusado de praticar o delito de tráfico de drogas, uma vez que a substância entorpecente chegou na perícia acondicionada em uma sacola de supermercado, desprovida de lacre. Entendeu-se que a quebra da cadeia de custódia, por si só, não implica automaticamente a inadmissibilidade do elemento probatório, de modo que caberá ao julgador analisar, no caso concreto, o grau de confiabilidade da prova, o que poderá resultar em “(...) diferentes desfechos processuais para os casos de descumprimento do assentado no referido dispositivo legal.” (BRASIL, HC 653515/RJ, 2022). No caso acima, como a substância entorpecente não foi devidamente acondicionada, o relator do *habeas corpus* entendeu que a referida prova seria inadmissível, uma vez que não seria possível assegurar a observância o princípio da mesmidade, diante da desconfiança provocada pelo acondicionamento do vestígio.

Discorda-se do posicionamento adotado por Badaró e Dallagnol, uma vez que, sob a ótica dos princípios da mesmidade e desconfiança, não faria sentido admitir uma prova, ainda que com um menor valor, quando não existirem indícios de que sua integridade e autenticidade foram devidamente preservadas. Neste sentido, Matida (2021, p. 22) alerta para os riscos de se admitir elementos probatórios que não foram corretamente custodiados:

Na hipótese de que receba valor probatório indevido, o elemento probatório não custodiado terá contribuído a prestar apoio à narrativa a uma primeira vista coerente, porém falsa. Pense-se, por exemplo, em uma interceptação telefônica que teve trecho favorável à hipótese defensiva cortado. A admissão de elementos relevantes, porém não confiáveis, de modo que futuramente possam ser (super)valorados pelo juiz, representa um flerte desnecessário com o risco de condenação de inocentes.

O fato de o processo penal brasileiro ser regido pelo princípio constitucional da presunção de inocência¹⁹, implica, conseqüentemente, a adoção de posicionamentos mais favoráveis ao réu sempre que houver dúvida acerca do fato delituoso imputado. O próprio Badaró (2020, p. 477) reconhece que “[...] a definição dos *standards* probatórios no processo penal não tem por objetivo eliminar ou distribuir os riscos de erros em razão da insuficiência probatória, mas sim distribuir erros de forma a favorecer sistematicamente a posição do acusado.” Inclusive, Badaró (2020, p. 447) afirma que, “justamente por isso, se considera preferível absolver um (ou dois, ou dez, ou mil) culpado do que condenar um inocente!”

Considerando que o *standard* probatório adotado no processo penal brasileiro tende a beneficiar o réu, exigindo um alto nível de certeza para uma condenação, não seria adequado admitir como válido um elemento de prova cuja integridade não foi devidamente preservada, pois isso aumentaria as chances de condenação do acusado a partir de elementos inidôneos de prova. Portanto, a existência de dúvidas acerca da integridade do elemento probatório, deve-se resolver a questão em favor do acusado, com a conseqüente inadmissibilidade do elemento que não tenha sido devidamente preservado pelas autoridades responsáveis pela persecução penal.

A inadmissibilidade do elemento probatório é ainda mais necessária quando se tratar de fontes de prova angariadas por meios de obtenção de provas, como escutas telefônicas, quebra de sigilo etc., pois, conforme exposto anteriormente, trata-se de instrumentos que implicam a restrição de direitos fundamentais. Nesse contexto, o cuidado com os elementos probatórios deve ser intensificado, pois são técnicas de investigação²⁰

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

²⁰ Acerca dos efeitos intrusivos dessas técnicas de investigação e a necessidade de controle dessas práticas investigativas, destaca-se a observação feita por Januário (2021, p. 1477): “Diante do elevado nível de intromissão destes meios na vida privada e de suas potenciais violações a direitos e garantias

que podem afetar profundamente a esfera de privacidade e liberdade do indivíduo, causando prejuízos substanciais, tendo em vista que a admissão de elementos probatórios obtidos de forma inadequada ou com falhas na custódia pode resultar em graves erros judiciários.

Eventualmente, meras irregularidades não implicarão a inadmissibilidade do elemento probatório, por exemplo, nos casos em que a coleta do vestígio não for realizada por perito oficial, uma vez que a lei utiliza a expressão “preferencialmente” no art. 158-C²¹ do Código de Processo Penal, o que revela não se tratar de obrigatoriedade no momento da coleta do vestígio. Os demais dispositivos legais remetem à ideia de obrigatoriedade do procedimento, especialmente o § 1º do art. 158-C, que diz que “todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.”

Diante do princípio da presunção de inocência, adota-se o posicionamento de que a inobservância da cadeia de custódia tem como consequência a inadmissibilidade dos meios de prova, especialmente quando se tratar de elementos angariados por meios de obtenção de prova, tendo em vista a afetação da privacidade e liberdade do indivíduo provocada por esse tipo de técnica de investigação, o que justifica uma maior sanção aos agentes estatais que não preservarem adequadamente os vestígios obtidos.

5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.055.941/SP E SUAS REPERCUSSÕES NO ÂMBITO PROBATÓRIO

O Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP teve seu julgamento concluído em dezembro de 2019, isto é, dois meses antes da Lei

dos investigados – o que justifica, inclusive, a estrita regulamentação destes institutos -, mostra-se imperiosa a viabilização de controles epistêmicos no processo penal, visando assegurar que a admissão e valoração dos elementos colhidos sejam condicionadas à observação das hipóteses e procedimentos legalmente previstos.”

²¹ Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

nº 13.964/19 entrar em vigor. Inobstante a inexistência dos arts. 158-A ao 158-F do Código de Processo Penal na época do referido julgamento, verifica-se que os ministros do Supremo Tribunal Federal tomaram um cuidado de elaborar uma tese que remete aos princípios que permeiam a cadeia de custódia da prova, conforme se observa abaixo:

Fixação das seguintes teses: 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. (BRASIL, 2019, p. 2681).

Destaca-se, inicialmente, o trecho que menciona que o compartilhamento do RIF sem prévia autorização judicial deve ser feito mediante o resguardo do sigilo das informações por meio de procedimentos formalmente instaurados, que possibilitem o controle jurisdicional posterior ao compartilhamento. Logo, não é possível que esse compartilhamento se dê de maneira informal, mediante troca de informações que não sejam oficialmente registradas. O referido trecho remete ao § 1º do art. 158-C do Código de Processo Penal, que estabelece a responsabilidade do órgão central de perícia oficial pelo detalhamento da forma de cumprimento da cadeia de custódia. A importância do registro formal da cadeia de custódia é destacada por Matida (2021, p. 21):

Não basta que se realize uma “custódia fática” a qual reflita o menor ou maior cuidado que agentes guardem a posse do objeto, individualmente, julguem ser devidos à sua preservação. Os novos dispositivos assentam que a confiabilidade dependerá do necessário oferecimento de um detalhado rastreamento, nos moldes definidos normativamente.

A ideia contida na tese fixada é, justamente, formalizar o compartilhamento das informações para evitar trocas ilícitas, que, eventualmente, contenham informações que somente seriam possíveis o acesso mediante autorização judicial prévia. Afinal, o registro e a documentação de todo o procedimento é a melhor forma de assegurar a transparência e lisura de todo o ocorrido, desde a elaboração do relatório até a sua introdução ao processo.

Ainda, destaca-se a segunda parte da tese fixada, que estabeleceu que “o compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios”. (BRASIL, 2019, p. 2681).

O trecho que menciona a adoção de instrumentos efetivos de apuração e correção não deixa dúvidas de que a cadeia de custódia deve ser empregada ao longo da elaboração do RIF e, posteriormente, no seu compartilhamento, uma vez que é o instrumento previsto na legislação processual mais adequado para se preservar a integridade e a autenticidade das informações e, conseqüentemente, necessário para a legalidade do compartilhamento.

Conforme mencionado em tópico anterior, o RIF é composto, muitas vezes, de informações enviadas por pessoas que possuem o dever de comunicação perante o COAF. Sendo assim, para cumprimento da cadeia de custódia, é de suma importância garantir o registro adequado de todas as pessoas que entrem em contato com as informações a serem documentadas no RIF, nos termos do disposto no art. 158-E, § 3^o²², do Código de Processo Penal. Por exemplo, o empregado de um banco que comunica ao COAF uma movimentação financeira suspeita realizada por um cliente, deverá ter seu nome registrado na cadeia de custódia, uma vez que teve contato com um vestígio que fará parte do relatório. O mesmo deve ser aplicado para os agentes do COAF que tiverem contato com as informações do relatório, bem como os agentes da polícia e do Ministério

²² § 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso.

Público, havendo, ainda, a necessidade de descrever o horário e motivo pelo qual tiveram contato com os referidos elementos informativos.

O registro dos indivíduos que tiveram contato com o elemento probatório é uma excelente forma de possibilitar a constatação de eventuais desvios e, no caso do RIF, facilita também a identificação da origem de cada uma das informações constantes no relatório. “Com efeito, a documentação da atividade de inteligência financeira possibilita ao imputado conhecer como as suas informações pessoais sigilosas foram obtidas, tratadas e disseminadas pela unidade de inteligência financeira.” (BORGES, 2021, p. 94).

A aplicação da cadeia de custódia no RIF se revela ainda mais importante quando se constata que este é um meio de obtenção de prova que se utiliza dos meios informáticos para a elaboração do relatório. Conforme já explicado, as provas digitais são mais suscetíveis a adulterações e, por conseguinte, demandam um cuidado maior na sua manipulação e preservação, a fim de assegurar sua integridade. Nesse sentido, Prado (2021, p. 193) esclarece que “a simples não preservação dos dispositivos digitais e informáticos, por exemplo, é bastante para afetar a credibilidade das informações posteriormente extraídas destes dispositivos.” A observância da cadeia de custódia na elaboração do RIF é um meio de garantir ao investigado que as informações ali contidas não foram adulteradas ou inseridas em desconformidade com as regras estipuladas na decisão do Supremo Tribunal Federal, pois, conforme destacado no acórdão, somente é possível inserir no relatório informações que já estavam contidas na base de dados do COAF²³, informações estas oriundas das comunicações obrigatórias dos agentes que possuem esse dever, ou aquelas obtidas de fontes abertas.

Além da preservação da cadeia de custódia, estipular meios que possibilitem ao investigado saber a origem de suas informações obtidas

²³ Destaca-se o seguinte trecho do voto proferido pelo ministro relator Dias Toffoli, ressaltando a necessidade de vedar a prática dos relatórios por encomenda: “É extremamente importante enfatizar, ainda, a absoluta e intransponível impossibilidade da geração de RIF por encomenda (fishing expedition) contra cidadãos que não estejam sob investigação criminal de qualquer natureza ou em relação aos quais não haja alerta já emitido de ofício pela unidade de inteligência com fundamento na análise de informações contidas em sua base de dados.” (BRASIL, 2019, p. 2737).

pelo COAF, bem como a forma em que se deu o tratamento de seus dados e as pessoas que tiveram contato com tais informações, é uma excelente forma de assegurar a autodeterminação informativa, uma vez que possibilita ao investigado o controle posterior de seus dados e, ainda, estabelece limites ao poder exercido pelos órgãos de inteligência financeira e também pelos órgãos encarregados pela persecução penal, que deverão tomar todas as precauções para preservar o sigilo das informações, sob pena de violação de um direito fundamental. Dessa forma, Borges (2021, p. 95) ressalta que “a formalização da atividade de inteligência é a única maneira de garantir ao imputado o conhecimento – e, portanto, o controle – do manejo dos seus dados pessoais pela unidade de inteligência financeira.” Além de preservar a integridade dos elementos informativos, a utilização da cadeia de custódia se mostra um instrumento efetivo para garantir o direito à autodeterminação informativa, diante do aumento do poder de controle do investigado sobre os seus próprios dados pessoais.

Não houve uma previsão expressa por parte do STF de quais seriam as consequências em caso de descumprimento das formas estipuladas na decisão. Todavia, por se tratar de meio de obtenção de prova oriundo dos meios informáticos, que contém dados pessoais relativos ao investigado, a consequência da ausência da cadeia de custódia no RIF implicará a inadmissibilidade do relatório, uma vez que sua inexistência impedirá a identificação da origem dos dados pessoais coletados, bem como dos indivíduos que tiveram contato com o relatório, o que põe em xeque a integridade do conteúdo do relatório, de modo que a dúvida acerca da idoneidade do RIF deverá ser resolvida em favor do acusado, nos termos do princípio da presunção de inocência.

O fato de o COAF adentrar na esfera de um direito fundamental do investigado para obter informações evidencia a necessidade de formalizar todo este procedimento para ampliar a proteção do indivíduo que sofre a medida. Ainda, na tese fixada, o STF tratou o referido procedimento como um dever dos órgãos que participam dessa troca de informações e, por conseguinte, não é opcional a instauração de procedimentos formais e com instrumentos efetivos de apuração, tratando-se, portanto, de uma obrigação do COAF, Ministério Público e autoridade policial, sempre que houver este compartilhamento de informações, sob pena de ilegalidade do compartilhamento.

Houve, portanto, uma preocupação do Supremo Tribunal Federal em vetar informalidades, bem como permitir o controle judicial de admissibilidade do relatório posterior ao seu compartilhamento, a fim de assegurar sua integridade, permitindo, ainda, o exercício da autodeterminação informativa por parte do investigado que tem seus dados obtidos no RIF. Assim, diante das teses fixadas, a cadeia de custódia se revela como o instrumento mais adequado para alcançar os objetivos estipulados na decisão proferida pela Corte Suprema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho iniciou com a apresentação de um problema fruto da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941, consubstanciado nas seguintes indagações: (i) o entendimento apresentado pela Corte Suprema implica a adoção da cadeia de custódia da prova no âmbito da elaboração e compartilhamento do relatório de inteligência financeira do COAF?; (ii) quais as consequências da inobservância da cadeia de custódia no compartilhamento do RIF?. Dessa forma, buscou-se provar que, a partir da referida decisão, a legalidade do compartilhamento de informações, por meio do relatório de inteligência financeira, entre o COAF e os órgãos encarregados pela persecução penal dependeria do respeito às regras e etapas da cadeia de custódia.

Inicialmente, fez-se uma análise dos votos proferidos pelos ministros da Corte Suprema. O objetivo dessa parte foi examinar as fundamentações apresentadas por cada um dos membros do STF, a fim de se extrair as conclusões obtidas pelos julgadores.

Em seguida, passou-se a analisar a proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro, no intuito de compreender suas repercussões no âmbito criminal. Dessa forma, chegou-se à conclusão de que a autodeterminação informativa é um dos fundamentos da proteção de dados pessoais e, por conseguinte, deve ser levada em conta em qualquer situação que envolva o tratamento de dados pessoais, principalmente no âmbito das investigações criminais.

Posteriormente, fez-se um exame das principais funções exercidas pelo COAF, especialmente no tocante ao relatório de inteligência

financeira. Dessa forma, chegou-se a conclusão de que o RIF, quando compartilhado com órgãos responsáveis pela persecução penal, assume a natureza de meio de obtenção de prova, diante das restrições que impõem nos direitos fundamentais dos investigados, devendo ser adotados meios de assegurar o sigilo e a integridade das informações nele constantes.

Dando seguimento, realizou-se um estudo acerca do instituto da cadeia de custódia, sendo identificado seus fundamentos, suas aplicações e, por fim, a consequência da inobservância do procedimento da cadeia de custódia. Dessa forma, constatou-se que o resultado será a inadmissibilidade dos elementos probatórios, por força do princípio da presunção de inocência, sempre que houver dúvidas acerca da integridade do elemento de prova.

Diante do problema posto nesta pesquisa, restou comprovada a hipótese inicial, qual seja, de que a decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP coloca a cadeia de custódia como o instrumento mais adequado para dar efetividade as teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo imprescindível o registro de todo o procedimento nos termos da lei processual, para legalidade do compartilhamento do relatório de inteligência financeira entre o COAF e os órgãos encarregados da persecução penal. A ausência do registro da cadeia de custódia na elaboração e compartilhamento do RIF terá como consequência a sua inadmissibilidade, uma vez que não será possível assegurar a integridade das informações obtidas pelo COAF, tampouco haverá como garantir ao investigado o exercício da autodeterminação informativa.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais; comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Tradução. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 561; 23 cm. . Acesso em: 18 set. 2023.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: SARLET, Ingo W. et al. (org.). *Direito probatório*. Londrina: Thoth, 2023. p. 175-188.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sigilo bancário e privacidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Desafios na investigação de organizações criminosas: meios de obtenção de prova; relatório de inteligência financeira. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 10, n. 2, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, Ademar. O relatório de inteligência financeira como meio de obtenção de prova no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 176. ano 29. p. 69-105. São Paulo, fevereiro/2021.

DALLAGNOL, D. M.; CÂMARA, J. D. A. S. R. A cadeia de custódia da prova. In: SALGA-DO, D. D. R.; QUEIROZ, R. P. D. (Org.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DORAN, Robert A. Exploring the links in the chain of custody. Disponível em: <http://www.radoranassociates.com/main/downloads1/Exploring%20The%20Links%20In%20The%20Chain%20Of%20Custody.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 87.

FRAZÃO, Ana. CARVALHO, Angelo Prata de. MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303.

JANUÁRIO, T. F. X. Cadeia de custódia da prova e investigações internas empresariais: possibilidades, exigibilidade e consequências processuais penais de sua violação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 2, p. 1453, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.453>

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

MATIDA, J. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 27, p. 17–26, 2021. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/269>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MARTINS, Leonardo. (org.) *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucio-nal Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MELO E SILVA, Philipe Benoni. Fishing Expedition: a pesca predatória por provas por parte dos órgãos de investigação. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fishing-expedition-20012017. Acesso em 11 jul. 2022.

MENEZES, I. A. de; BORRI, L. A.; SOARES, R. J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 277–300, 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>

PEREIRA, J. Matos. *Direito de informação*. Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, ed. do autor, 1980.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade da pessoa humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação in-formacional de poderes) diante da persecução penal*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Authorship information

Matheus Oliveira Araujo. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Monitor de Direito Processual Penal I e II na Faculdade Mineira de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Sócio na Santos, Braga & Araújo Sociedade de Advogados. mmatheusoliveiraaraujo@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: 05/06/2023
- Desk review and plagiarism check: 15/06/2023
- Review 1: 21/06/2023
- Transfer to V9N3: 15/07/2023
- Review 2: 31/08/2023
- Review 3: 07/09/2023
- Preliminary editorial decision: 15/09/2023
- Correction round return: 19/09/2023
- Final editorial decision: 20/09/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

ARAÚJO, Matheus Oliveira. A cadeia de custódia da prova e o relatório de inteligência financeira do COAF/UIF: repercussões do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP no âmbito probatório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1333-1370, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.874>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Balancing Self-Incrimination and Public Safety: A Comparative Analysis of Compelled Smartphone Unlocking in Brazilian and U.S. Legal Systems


*Equilíbrio entre autoincriminação e segurança pública:
Uma análise comparativa do desbloqueio compulsório de
smartphones nos sistemas jurídicos do Brasil e dos EUA*

Rafael Francisco França¹

Universidade NOVA de Lisboa – Lisboa, Portugal

9110@novalaw.unl.pt

 <http://lattes.cnpq.br/3587355422836320>

 <https://orcid.org/0000-0002-4120-2931>

ABSTRACT: This study compares how the laws in the United States and Brazil handle the use of digital evidence from smartphones in initial criminal investigations. The main goal is to understand the challenges when trying to protect the right to avoid self-incrimination while also ensuring public safety. By looking at court decisions from 2014 to 2023, the study explores how the legal systems in both countries deal with arguments for and against law enforcement being able to unlock smartphones against the will of the owner. The main issue being examined is the balance between respecting citizens' privacy

¹ Doutorando em Direito na NOVA School of Law, Lisboa, Portugal (2022-2026). É mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS (2014). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais - UFRGS (2018), com estágio doutoral no Centre for International and Defence Policy - CIDP, financiado pelo Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior - CAPES/MEC. Foi Professor de Direito Processual Penal na Universidade da Região da Campanha-URCAMP. Membro do International Visitor Leadership Program (IVLP - alumni), programa do Departamento de Estado (EUA). Visitor Fellow no Centre for International and Defence Policy - CIDP, vinculado a Queen's University, em Kingston/ON, Canadá. Delegado de Polícia Federal. Foi Chefe do Núcleo de Inteligência Policial da Delegacia de Polícia Federal em Foz do Iguaçu/PR entre 2020 e 2022.

rights and making sure defendants get fair treatment in the legal process. The research question driving this study is: How do Brazil and the U.S. manage the situation where law enforcement needs to unlock smartphones, while also respecting constitutional rights and public safety? To answer this question, the study looks at recent court cases from both countries and identifies important arguments about forced smartphone unlocking. The findings show problems in these legal proceedings, particularly when it comes to protecting the privacy of smartphone users and defendants' rights. A key point that comes out is that when law enforcement examines suspects' phones, it can jeopardize the proper handling of evidence and the right against self-incrimination that's protected by the Constitution. The study highlights shortcomings in the responses of the Supreme Courts of Brazil and the United States. This suggests a need for a more detailed framework that can address these challenges better and solve disagreements in lower courts. In essence, this article discusses the conflict between privacy rights and self-incrimination on one hand, and the government's duty to maintain public safety and prevent illegal evidence on the other. In conclusion, this article explores the legal issues around forced smartphone unlocking in Brazil and the United States. It not only emphasizes the importance of balancing individual rights with public safety but also calls for a more comprehensive legal approach to deal with these challenges effectively.

KEYWORDS: Digital Evidence; Smartphone; Compelled unlocking; Privacy; Self-Incrimination.

RESUMO: *Este estudo compara como as leis dos Estados Unidos e do Brasil lidam com o uso de provas digitais de smartphones em investigações criminais iniciais. O principal objetivo é entender os desafios que surgem quando se tenta proteger o direito de evitar a autoincriminação e, ao mesmo tempo, garantir a segurança pública. Ao analisar as decisões judiciais de 2014 a 2023, o estudo explora como os sistemas jurídicos de ambos os países lidam com argumentos a favor e contra a possibilidade de as autoridades policiais desbloquearem smartphones contra a vontade do proprietário. A principal questão que está sendo examinada é o equilíbrio entre respeitar os direitos de privacidade dos cidadãos e garantir que os réus recebam tratamento justo no processo legal. A pergunta de pesquisa que orienta este estudo é: como o Brasil e os EUA gerenciam a situação em que as autoridades policiais precisam desbloquear smartphones, respeitando ao mesmo tempo os direitos constitucionais e a segurança pública? Para responder a essa*

pergunta, o estudo analisa decisões judiciais recentes de ambos os países e identifica argumentos importantes sobre o desbloqueio forçado de smartphones. As descobertas mostram problemas nesses procedimentos legais, especialmente quando se trata de proteger a privacidade dos usuários de smartphones e os direitos dos réus. Um ponto importante que se destaca é que, quando as autoridades policiais examinam os telefones dos suspeitos, isso pode comprometer o manuseio adequado das provas e o direito contra a autoincriminação, que é protegido pelas leis dos dois países. O estudo destaca as deficiências nas respostas das Supremas Cortes do Brasil e dos Estados Unidos a tais questões. Isso sugere a necessidade de uma estrutura mais detalhada que possa enfrentar melhor esses desafios e resolver divergências a partir das supremas cortes. Em essência, este artigo discute o conflito entre os direitos de privacidade e autoincriminação, por um lado, e o dever do governo de manter a segurança pública e evitar provas ilegais, por outro. Em conclusão, o estudo explora as complexas questões jurídicas relacionadas ao desbloqueio forçado de smartphones no Brasil e nos Estados Unidos. Ele não apenas enfatiza a importância de equilibrar os direitos individuais com a segurança pública, mas também exige uma abordagem jurídica mais abrangente para lidar com esses desafios de forma eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: *Evidência digital; Smartphone; Desbloqueio forçado; Privacidade; Autoincriminação.*

SUMÁRIO: 1 - Introduction; 2. Accessing the device content; 2.1- U.S. jurisprudence on compelled smartphone unlocking; 2.2- Compelled Mobile Phone's Unblocking. A testimonial or a non-testimonial act; 3. Examining Legal Implications of Law Enforcement Access to Smartphone Contents in the Brazilian Judicial System; 3.1- Smartphones seizure during police checks; 3.2- The privacy protection clause and its use in court; 4- Final remarks: A Suggested Framework; References.

I - INTRODUCTION

The Information Age has brought several challenges to protecting personal data and privacy (FREEMAN; VAZQUEZ LLORENTE, 2021, p. 164–165). Mobile communication has evolved since the transistor

discovery in 1947, resulting in the complexity of modern smartphone systems. These devices harbor an extensive amount of personal user data, far exceeding initial expectations, catching the attention of criminal investigators worldwide, considering the significant number of eventual pieces of evidence stored in their virtual memory (FREEMAN; VAZQUEZ LLORENTE, 2021, p. 170).

The proliferation of mobile devices and the rapid integration of advancing technologies have resulted in a significant surge in digital data production in recent years (SOFGE, 2016). For instance, Brazil has more smartphones than its population (BUFARAH, 2022). In the U.S., roughly 298 million smartphone users were estimated in 2021 (LARICCHIA, 2023). This shift has fundamentally transformed the nature of criminal investigations, particularly in the wake of the widespread adoption of these mobile devices; nowadays, no other equipment carries more incriminating evidence than these devices (VEDODATO; ZEDES, 2019, p. 69–70) (KENNEDY, 2021, p. 691).

Considering the extensive amount of personal data housed within the virtual memory of mobile phones, this article focuses on the events surrounding the unlocking procedure of a suspect's smartphone during police investigations. It identifies arguments in the jurisprudence of the U.S. and Brazilian supreme courts of law, focusing on law enforcement's compelled access to devices and its consequences for protecting fundamental rights in criminal investigations.

Before its formal seizure and forensic examination, the content of a smartphone remains unknown to the judge. Thus, it is also impossible to define the exact scope of the warrant before initial access. Only after the police seizure and forensics proceedings will it be feasible for the judge to decide if the entire smartphone content will be available for the investigators' analysis. After this initial process, the judge must also decide which applications are available inside the device the police can access (KENNEDY, 2021, p. 709). Right? No, it does not always happen.

. The US Superior Courts' jurisprudence about criminal proceedings and police mobile phone data access in the search for digital evidence is evolving toward resolving this issue (KENNEDY, 2021, p. 717). The same can be observed in the Brazilian Supreme Court of Law (STF, meaning "Supremo Tribunal Federal" in Portuguese), where efforts

are being made to bring about harmonization on this issue (SOUBHIA; MUNIZ, 2023). The selection of these two legal systems was driven by the specific circumstances prevailing in both nations pertaining to the admissibility of evidence obtained through the involuntary unlocking of mobile phones during encounters with law enforcement officers prior to, during, and subsequent to arrests made in flagrante delicto. In the United States, there exists an ongoing lack of jurisprudential uniformity on this matter, as the Supreme Court has not yet issued a definitive ruling on the subject. Meanwhile, in Brazil, the STF is poised to deliberate on Theme 977, a procedural mechanism designed to establish a consistent legal precedent across the nation.

How do the jurisdictions of the United States and Brazil address the issue of accessing the content of smartphones belonging to suspects or individuals caught in the act during police proceedings? This research article centers on this problem, which is justified by the weight of situations involving the privacy of phone owners, the preservation of the chain of custody of digital evidence, and, encompassing all of this, the legality of the procedure to facilitate the generation of evidence in police investigations. The central hypothesis to be developed in this research posits that the current access to the content of mobile devices allows the state to scrutinize an extensive range of sensitive personal data, driven by the vast amount of information these devices store. Consequently, it is acknowledged that such access may signify not only an infringement upon privacy but also upon the principle of self-incrimination, a fundamental guarantee protected in both constitutional systems under examination. This article demonstrates that the compelled unlocking of a smartphone can be characterized as a testimonial act, affirming that permitting law enforcement authorities access to its contents represents a deliberate volitional act by the user of the device. This can be viewed as a suspect's contribution to disclosing facts previously unknown to the police. With this in mind, this article aims to bring some understanding about the U.S. Constitution Fifth Amendment² protection against self-incrimination in jurisprudence,

² “No person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself...”. U.S. U.S. Library of Congress. Constitution Annotated. Constitution of the United States. Fifth Amendment. Available at <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-5/>, accessed on 15 Aug. 2023.

mainly considering the inculpatory act of forced smartphone unlocking during criminal proceedings.

Similarly, the Brazilian Constitution indicates that no one shall be forced to produce self-incriminating evidence. Besides this, it safeguards intimacy, private life, honor, and image, ensuring the right to compensation for material or moral damage resulting from the violation of the respective rights³. It is also indicated that the Brazilian Supreme Court faces the same issues regarding police-enforced smartphone unlocking and its implications for privacy and other fundamental rights. In Brazil, forcing smartphone owners to unlock their devices for police examination is considered a self-incriminating act, which may lead to applying an exclusionary rule in a court of law.

However, neither the U.S. Supreme Court nor the Brazilian Supreme Court of Law has further analyzed this issue. Therefore, the subordinate judicial bodies in both nations are rendering decisions in an oscillatory manner, occasionally permitting law enforcement authorities to compel a suspect to furnish evidence through a particular means, while, in other instances, prohibiting the utilization of data acquired from this process in the context of criminal inquiries.

In the initial Section, this study elucidates the fundamental dichotomy existing between the passcode safeguarding a device's confidentiality and the state's imperative commitment to combating criminal activities. This polarity encapsulates the central dilemma under consideration within the purview of U.S. judicial proceedings. Subsequent discourse delves into an exploration of the ramifications stemming from testimonial and non-testimonial acts in the specific context of law enforcement-mandated unlocking of a suspect's smartphone. This inquiry extends to an analysis of how such actions resonate within the discourse and jurisprudence of the U.S. lower courts. Within this thematic framework, the article underscores the imperative of establishing a judicious equilibrium between the imperatives of privacy preservation and the safeguarding against self-incrimination, thereby spotlighting the

³ BRAZIL. Brazil - Constitution of the Brazilian Federative Republic. Constituent National Assembly, 1988. Available at: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Accessed in: 2 abr. 2023

constitutional tenets enshrined in the Fourth and Fifth Amendments of the U.S. Constitution.

In the second Section, the study scrutinizes the implications of police-compelled access to smartphone content in Brazilian courts. It demonstrates that the willingness of the device's owner is evaluated as an indication of consent for retrieving digital evidence. However, it is shown that some latest decisions are based on the chain of custody maintenance during police proceedings, a crucial factor for the admissibility of mobile phone content in court.

In the last Section, this article synthesizes the insights presented and, after analyzing the main arguments, proposes an adequate framework for police operations involving the retrieval of smartphones during criminal investigations.

This analysis is based on bibliographical analysis through theoretical and doctrinal references, such as books, statutory law, scientific articles, and jurisprudence. To achieve this objective, the employed methodology adopted a case study framework, whereby the arguments crucial for establishing the research's delimiting parameters were derived. Consequently, a research approach centered on samples was undertaken, entailing searches on the websites of higher courts in both countries. In Brazil, spanning the temporal span from 2014 to 2023; in the United States, regarding the most prominent cases on privacy and protection against self-incrimination.

In relation to the judicial decisions analyzed, it is pointed out that the cases amassed in the jurisprudence of the United States were found in research on the websites of local courts, but also state and federal superior courts as well, completing the review with the decisions of the Supreme Court of that country. In relation to Brazil, the research was summarized in the set of decisions of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), given the weight of the sentences in the evaluation of the other cases decided by the other Brazilian courts.

Analogously, investigations were conducted on prominent aggregators' websites, employing differing time intervals from those previously specified in order to expand the study's scope. For the purpose of achieving enhanced precision in characterization, terminologies including "smartphone," "smartphone unlocking," "compelled unlocking,"

“self-incrimination and smartphones,” “digital evidence and smartphones,” “foregone conclusion and compelled unlocking,” “biometrics and devices,” and “police stop-and-frisks and (un)compelled unblocking” were utilized, with necessary adaptations in both English and Portuguese. From the results obtained, those that most aptly addressed the stipulated themes were singled out, facilitating the extraction of primary arguments featured in the study.

The research methodology primarily adheres to a deductive paradigm, characterized by its foundation in the technique of textual analysis, which serves as the cornerstone for the evolution of the argumentative framework. This deductive approach involves examination of textual sources, encompassing judicial pronouncements, legal opinions, and related discourse. The texts selected for analysis are delimited to ensure coherence and relevance to the research objectives.

It is important to clarify that this research does not purport to comprehensively cover the entirety of the subject matter, encompassing all judicial determinations pertaining to smartphone unlocking in law enforcement operations within both Brazil and the United States. Such an exhaustive examination is beyond the scope of this study. Similarly, this research does not aim to establish overarching patterns with regard to the judiciaries of the two nations. Rather, its focus lies in qualitative analysis, specifically examining select significant rulings and their fundamental underpinnings

II – ACCESSING THE DEVICE CONTENT IN THE U.S.

In police investigations, the formal apprehension of the suspects’ devices and content’s use as evidence is often considered an ordinary occurrence (GELDENHUYS, 2022, p. 10). As a result, there is a growing necessity for investigators, judges, and lawyers to know better the peculiarities of digital evidence⁴ (FREEMAN & VAZQUEZ LLORENTE, 2021,

⁴ Compared to physical evidence, traditionally collected at crime scenes over the years, digital evidence represents a challenge for police officers, given that “[...] the presence of any digital devices at-scene provides an emerging challenge for first responds to address, not only in terms of their identification

p. 167; HORSMAN, 2021, p. 762). In this way, it is mandatory to consider the mobile phones' content and enormous data storage capacity (KENNEDY, 2021, p. 691) as important law protection targets from unauthorized access during criminal proceedings (ANTONIALLI et al., 2019, p. 02–03).

Therefore, it is clear that accessing suspects' smartphones has been a crucial quest for investigators, considering that sometimes criminal cases would not reach a reasonable conclusion without obtaining digital evidence from mobile phones' contents (IACP SUMMIT REPORT, 2015, p. 07). To comply with the public safety oath, some understandings indicate that compelled smartphone unlocking is allowed under certain circumstances (CAUTHEN, 2017, p. 139–140 (DAVENPORT, 2017, p. 179) (KERR, 2019, p. 777–778) (URES, 2021, p. 606) (SACHAROFF, 2018, p. 251). Nonetheless, it has been modified, and the defendant's compelled provision of this access may be faced as an act that could lead to the discovery of inculpatory digital evidence.

Regarding mobile phone content access, the U.S. Supreme Court has faced the issue of consolidating the need for a search warrant to retrieve data from the equipment's virtual memory. However, it has not always been or has been understood in this way by the courts in the United States.

Therefore, within the scope of this research, the leading cases that have served as a parameter for decisions involving the seizure of cell phones and the protection of privacy and personal data are mentioned below, even though case law on the subject of this article has not yet been consolidated. This will be followed by an analysis of some of the precedents of the lower courts in the states, which will demonstrate the need to standardize the understanding of access to the content of smartphones in US jurisprudence.

2.1 – U.S. JURISPRUDENCE ON COMPELLED SMARTPHONE UNLOCKING.

When the police investigate a criminal case, and it is necessary to seize a suspect's mobile phone to retrieve digital evidence, the officers must

and handling, but also the requirement to understand what value these devices may offer to any probative inquiries." HORSMAN, G. 2021. p. 761

follow the legal guidelines and procedures that protect the suspect's privacy and fundamental rights. This means that the police must retrieve the digital evidence from the device following strict rules and regulations, all to ensure that the suspect's rights are not violated during the investigation (IACP SUMMIT REPORT, 2015, p. 16). This underscores the importance of law enforcement agencies following strict protocols and legal procedures when gathering digital evidence from devices to ensure the rights of suspects are protected during investigations. It highlights the dual responsibility of the police in maintaining both thoroughness in evidence collection and awareness of its impact on individual rights. This commitment to procedural integrity is vital for a fair and just legal system, emphasizing the need for attention to detail, adherence to established protocols, and dedication to due process principles, even more diverse when it comes to mobile devices' digital evidence retrieval (BARMPATSA LOU et al., 2018, p. 02). Such practices ensure investigations are conducted with integrity and that the rights of all involved parties are upheld.

Nowadays, practically anyone carries a smartphone containing photos, videos, location registers, instant messages, conversations, and so on from the owner and others related to them (KENNEDY, 2021, p. 691). Conciliating the owner's privacy and liberty to the crime detection and investigation duty is a task full of obstacles and traps. One of the most prominent of these tasks is accessing the smartphone's content, surpassing the equipment's password and encryption (URES K, 2021, p. 602) (KENNEDY, 2021, p. 695).

The passcode is represented by numbers, letters, and unique signs sequence, created, and kept secret by the mobile phone owner and kept secret by him, locking the equipment and encrypting⁵ its content (PRICE; SIMONETTI, 2019, p. 42–43). Today, biometric features can also be used as personal assignments for smartphone access (IBRAHIM et al., 2019, p. 02). The password and the cryptography represent a solid obstacle to unauthorized access (IACP SUMMIT REPORT, 2015, p. 14–15), protecting the user's data from illicit access on the one hand

⁵ According to the most modern crack-code companies, breaking a six-characters alphanumeric passcode would take five to six years. See Eckart, J. P., 2019.

and preventing investigators from licit searching for stored digital evidence on the other (SACHAROFF, 2018, p. 251) (ECKART, 2019, p. 04–06).

Putting the passcode indicates that the owner knows it and tacitly has control over its content⁶. Moreover, unlocking access to the smartphone's front screen is not an irrelevant legal act. This reveals the owner's link to the equipment, such as their knowledge about the storage content inside the mobile phone's virtual memory, its authenticity, and their files and documents custody (KENNEDY, 2021, p. 698).

Besides the passcode, there are biometrics security patterns; for instance, accessing a modern smartphone could be reached by pressing the owner's fingerprint on the sensor or putting the device camera in front of the owner's face (COHEN; PARK, 2018, p. 170–171) (HUNT-BLACKWELL, 2022, p. 206). The cell phone would decrypt and unlock if the owner used these biometrics (SHWEIKI; LEE, 2019, p. 23). However, just like compelling the suspect to insert the private passcode, the mentioned actions would bring the unauthorized and consequently unlawfulness privacy break-in (HERRERA, 2019, p. 814), taming eventual pieces of evidence found as illegal⁷ (METZ, 2019, p. 429–430).

Therefore, in 2014, the U. S. Supreme Court decided in the case of *Riley v. California* that the police generally need a warrant to search the contents of a smartphone seized during an arrest. In this case, David Leon Riley was stopped by the police in San Diego/USA for a traffic violation, in which case the officers found firearms hidden in a sock under the hood of his car (HARVARD LAW REVIEW, 2014). Following the approach, and in accordance with the SITA Doctrine (Search Incident to a Lawful Arrest)⁸, one of the officers searched Riley's body, finding a cell phone in his pants pocket (GLOECKNER; EILBERG, 2019, p. 369–370).

⁶ Unlocking a cell phone represents a proactive owner's initiative. After all, by doing that, the mobile phone's content will be *decrypted*, allowing the police to analyze files and documents. When locked, the cell phone files are *encrypted*, meaning they are non-readable for users. See Kennedy, E., 2021.

⁷ On the contrary, see Cohen, A., & Park, S., 2018.

⁸ The SITA Doctrine is also known as the *Chimel Rule*. As pointed out in the judgment of the case *People v. Diaz*, 101 Cal.App.3d 440 (2015), and in the case of *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969), the Supreme Court of the United States understood that, during the making of an arrest, the Police can search the surroundings of the place where the prisoner is, using this activity

By accessing the contents of this cell phone, even without a warrant, the police discovered information linking Riley to the actions of a gang, including a shooting that had taken place weeks before that search. Riley was accused of belonging to the gang and was tried and convicted for it.

Having appealed the sentence, David Leon Riley claimed that the police could not have accessed the contents of his cell phone without a court order to do so, requesting the extraction of the data considered in the trial (BUTLER, 2014, p. 85). The California Supreme Court denied the request.

In analyzing the case, the Supreme Court of the United States precisely discussed the adoption of the SITA Doctrine for the situation in which Riley was arrested (ZIV, 2015, p. 1.286). In the end, it was pointed out that a smartphone could not have endangered the lives of the police officers who were on that approach, and it was not possible to apply such a doctrine to current technological developments (GLOECKNER; EILBERG, 2019, p. 372). In other words, when these arguments were developed, , which means in the SITA Doctrine birth, there weren't even cell phones , or the possibility of collecting digital evidence.

After that, in 2018, in *Carpenter v. United States*, it was decided that the police generally needed a warrant to obtain historical cell phone location data from a service provider. In this precedent, Timothy Carpenter was sentenced to a considerable sentence for robbery and possession of a firearm for the purpose of committing a violent crime based on a police investigation that made use of data extracted from the use of the investigated person's cell phone (CARTHEW, 2020, p. 199). Carpenter's cell phone contacts with telephone towers near the locations in Detroit/USA where the crimes had been committed were obtained, and in at least four of these cases, the information showed that the cell phone was in the vicinity of the locations where the robberies took place on the same dates and at the same times as the criminal events. Timothy Carpenter was sentenced to over 100 years in prison.

to protect the safety of the police officers themselves. These searches would include the prisoner's cell phone if the device were in the prisoner's possession or close to him at that time. See also DEE, M., 2011.

On appeal, the defendant claimed that the evidence obtained from the cell phone company had not been preceded by a judicial warrant, so he asked for the data to be unsealed and for the judgment to be reviewed. Carpenter challenged the Fourth Amendment's protection against searches without a showing of probable cause justifying the intrusion on his privacy, given access to the location of his cell phone for several days. The Sixth Circuit Court held that no, the defendant had no expectation of privacy when he chose to share his location (of his cell phone) with the cell phone company. The case was then heard by the Supreme Court of the United States.

Thus, the Court dictated that retrieving the suspect's smartphone content, even if that data is held by a third party, must be preceded by a search warrant concession, blocking the police from making it without judicial authorization. As a result of this decision, jurisprudence began to accept the Carpenter Test, indicating that access to data stored by third parties must pass through the three-factor filter "[...] (1) the revealing nature of the data collected; (2) the amount of data collected; and (3) whether the suspect voluntarily disclosed their information to others. [...]" (TOKSON, 2023, p. 510).

However, there is still a lack of specific analysis regarding the unlocking of smartphones in the Supreme Court's case law. The same can be said about the State's jurisdictions; some have already established protocols for law enforcement and prosecutors in the owner-compelled mobile phone access processes, and others remained without clear guidance (URES, 2021, p. 650–655). Nevertheless, the question remains unsolved regarding the smartphone unlocking issue in the U.S. Supreme Court.

2.2 – COMPELLED MOBILE PHONE'S UNBLOCKING. A TESTIMONIAL OR A NON-TESTIMONIAL ACT.

It is crucial to clarify that in this particular circumstance of possible self-incrimination, a prospective situation will happen when the owner is compelled to elaborate mental processes, resulting in the revelation of facts unknown by the police until that moment (KENNEDY, 2021, p. 708–710). This issue is solved on the *testimonial* or *non-testimonial* owner's acts parameters.

In this way, delivering a possible incriminating document to the police is a *testimonial* act and would claim the Fifth Amendment protection on avoiding self-incrimination (HOBBIE JR., 2021, p. 57–59). On the other hand, if the police already know this document's content before asking, for instance, for a search warrant, that is a *non-testimonial* act because, by providing the document's access, the individual will add little or nothing to what the police already have discovered about it. In the latter case, the defendant could not oppose the Fifth Amendment rules, considering that the suspect is only *surrendering* information already known to the Police. This procedure could not be evaluated like *testifying* (URESK, 2021, p. 619).

In a word, *testimonial* acts are those in which an individual's intention is part of a minded act, for instance, a suspect's participation in making any confession statement⁹ (COULON, 2018, p. 228). In these cases, the Fifth Amendment's Self-Incrimination Clause prevents a person from *producing* evidence that could lead to an inculpatory act against him or herself (HOBBIE JR., 2021, p. 87). A *non-testimonial* act represents a non-proactive act or any communication of meaning or knowledge by the suspect. As a non-testifying act, they are not covered by the same clause in the Fifth Amendment (KERR, 2019, p. 779).

The debate revolves around whether unlocking a smartphone in criminal proceedings should be classified as a testimonial or a non-testimonial act. Traditionally, the act of a defendant orally confessing during a police statement or in a court of law has been deemed the quintessential testimonial inculpatory act. However, in light of recent technological advancements, reevaluating the definition of producing a document or providing digital evidence becomes essential. (WILSON, 2015, p. 09). This reevaluation is prompted by the evolving nature of

⁹ In *Doe v. United States*, the Supreme Court refrained from reviewing a case concerning the government's authority to compel a defendant to disclose a password for the decryption of their seized devices. While not a direct pronouncement on the issue, the Supreme Court's decision to withhold review allowed lower court decisions to stand, which frequently diverged in their interpretation of Fifth Amendment protections. UNITED STATES. U.S. Supreme Court. *Doe v. United States*, 487 U.S. 201. , 1988. Available at: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/201/>>. Accessed on 30 Mar. 2023.

evidence in the digital age. The act of unlocking a smartphone, which potentially grants access to a treasure trove of personal information, can be seen as akin to producing a document or providing digital evidence.

One notable example involves the use of biometric features, such as fingerprints or facial recognition, to unlock smartphones. Courts have engaged in debates about whether forcing an individual to unlock their device through a biometric feature constitutes a violation of the Fifth Amendment (CHASE, 2020, p. 578). Some argue that biometric data constitutes a form of testimonial communication because it is based on an individual's physiological attributes. However, others claim that biometric features are physical characteristics and are therefore not protected by the Fifth Amendment in the same way as providing a password or access code.

In 2018, the *Minnesota Supreme Court* held that compelling a suspect to unlock his smartphone biometrically did not violate the Fifth Amendment's protection against self-incrimination, pointing out that it was a non-testimonial act¹⁰. In this case, Mathew Diamond was arrested on October 30, 2014, after being held responsible for robbing a residence. When being searched, before entering the jail, the police found a cell phone in Diamond's possession. To access the contents of the device, the investigators obtained a search warrant.

However, when trying to access the information contained in the smartphone, the police discovered that they would have to go through the biometrics imposed by Diamond, which in that case consisted of reading the fingerprint of one of his fingers. Then, again, a court order was requested and obtained, which required the prisoner to unlock the device using the fingerprint. However, Diamond refused to do so, pointing to the protection against self-incrimination guaranteed by the Fifth Amendment. The District Court imposed a civil restraint on Diamond, claiming that he should cooperate and unlock the equipment, including indicating which fingerprint was used by him to decrypt the cell phone.

¹⁰ UNITED STATES. Minnesota Supreme Court. *State v. Diamond*, 905 N.W.2d 870, 872, 878. , 2018b. Available at: <https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-8336/41587/20180329152800876_diamond-writ.pdf>. Accessed in 2 abr. 2023.

Drawing upon the evidence derived from logs, text messages, and the geographic positioning of Diamond's cell phone at the time of the theft, the defendant received a conviction from the jury in the District Court. Subsequently, Diamond filed an appeal, asserting that compelling him to unlock the smartphone infringed upon his right against self-incrimination.

As a result, the Minnesota Supreme Court indicated that compelling the defendant to show which of his fingers was used to unlock the seized smartphone did not represent a Fifth Amendment violation. Therefore, the Court sustained the compelled act based on the premise that putting the finger on the cellphone sensor was not a document-producing act but only a partial "showing" of the defendant's body.

The implementation of robust encryption to protect data on smartphones has further complicated the issue. Courts have been faced with situations where law enforcement seeks access to encrypted data, which may require individuals to divulge encryption keys or passwords (JACOBSEN, 2017, p. 571). This has led to questions about whether such forced disclosure violates the Fifth Amendment's defense against self-incrimination or the Fourth Amendment's protection against unreasonable searches and seizures.

The US Supreme Court has not yet directly addressed the issue of compulsory unlocking of smartphones in an unequivocal way. However, lower courts have faced related cases, and certain principles from the Supreme Court's prevailing decisions may shed light on the broader implications.

The jurisprudential interpretation varies depending on the nature of the case and the State Court's knowledge of the theme. It should be noted that unlocking a smartphone to the police nowadays gives access to one's private life almost in its full significance (RAJ; MARSHALL, 2019, p. 100). In these cases, would the Fifth Amendment protect the defendant against self-incrimination, meaning that providing the code to the smartphone content would be a testimonial act? Or is it possible to claim protection against unlawful violations of privacy as guaranteed by the Fourth Amendment? By not facing this issue directly, the U.S. Supreme Court has not given proper directions to Lower Courts in the States (PRICE; SIMONETTI, 2019, p. 43) (HOBBIE JR., 2021, p. 56).

In 2014, the *Massachusetts Supreme Judicial Court* held that compelling individuals to provide their computer passcode would not violate the Fifth Amendment's protection against self-incrimination¹¹. The case involved a man being investigated for mortgage fraud who had refused to provide the passcode to his computers, which files were encrypted by specific software and were believed to contain incriminating evidence¹². However, part of the court found that requiring the suspect to enter his passcode was a *testimonial act*, as it would require him to reveal the contents of his mind and disclose that he possessed incriminating evidence (COHEN; PARK, 2018, p. 191–192).

In 2014, the City of Virginia Beach Circuit Court ruled that compelling suspects to provide their smartphone passcode would violate the Fifth Amendment's protection against self-incrimination¹³. In this case, the defendant was suspected of *sexual harassment* and was ordered to provide the passcode to his phone so that police could search it. The court found that requiring the defendant to reveal his passcode was testimonial and therefore protected by the Fifth Amendment. However, in this same decision, the Court granted the Commonwealth motion. It settled that compelling the defendant to unlock the device using a biometric pattern was non-testimonial (COHEN; PARK, 2018, p. 194–195), despite denying the compelled providing of a smartphone passcode for opening it.

¹¹ UNITED STATES. Massachusetts Supreme Court. Commonwealth v. Gelfgatt, SJC-11358, 468 Mass. 512, 42 N.E.3d 1128., 2014b. Available at: <<https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/2014/sjc-11358.html>> Accessed in 31 mar. 2023.

¹² According to such a point of view, “[...] In the Commonwealth's view, the defendant's act of decryption would not communicate facts of a testimonial nature to the government beyond what the defendant already has admitted to investigators. As such, the Commonwealth continues, the defendant's act of decryption does not trigger Fifth Amendment protection.” UNITED STATES. Massachusetts Supreme Court. Commonwealth v. Gelfgatt, SJC-11358, 468 Mass. 512, 42 N.E.3d 1128., 2014b. Available at: <<https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/2014/sjc-11358.html>> Accessed on 31 Mar. 2023.

¹³ UNITED STATES. Circuit Court of the City of Virginia Beach. Commonwealth v. Baust, 289 Va. 86. , 2014c. Available at: <<https://cite.case.law/va-cir/89/267/>>. Accessed in: 31 mar. 2023.

Similarly, in 2018, the *Indiana Supreme Court* reached the same conclusion regarding the use of a password for unlocking a device¹⁴. The court held that the Fifth Amendment protects a suspect from being compelled to unlock a smartphone or to provide the police with the passcode. The court also found that the State did not know what was on the phone. It was seeking confirmation, even after the defendant released the mobile phone passcode and content to the police, only to deny it in a second opportunity.

In 2020, the *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* decided that compelling a suspect to provide their smartphone passcode did not violate the Fifth Amendment's protection against self-incrimination¹⁵. The court found that providing a passcode was not testimonial and that the government could compel the suspect to provide their passcode without violating their constitutional rights. In this case, the defendant was arrested at the border check while trying to get into U.S. territory from Mexico transporting drugs (NEUBAUER, 2019, p. 1.276).

As seen above, there is no consensus among the U.S. Courts of Justice over this subject. Thus, in order to clarify the subject under study here, the next subtopic will set out arguments about the protection offered by the Fourth Amendment with regard to privacy, while at the same time analyzing the protection against self-incrimination established in the Fifth Amendment.

2.3 – PRIVACY AND SELF-INCRIMINATION. FOURTH AND FIFTH AMENDMENTS AT STAKE

When confronted with the issues of protection against self-incrimination and the inviolability of privacy, this study not only sheds light on the Fifth Amendment but also involves an analysis of the Fourth

¹⁴ UNITED STATES. Indiana Supreme Court. *Seo v. State*, 148 N.E.3d 952. , 2020a. Available at: <https://www.eff.org/files/2020/06/23/opinion_issued_reversed_and_rem.pdf>. Accessed in: 31 mar. 2023.

¹⁵ UNITED STATES. United States Court of Appeals for the 5th Circuit. *United States v. Molina-Isidoro*, 950 F.3d 511-5th Cir., 2020b. Available at: <https://www.aclu-ms.org/sites/default/files/field_documents/2017.08.22_molina_aclu_amicus_brief_final_final_filed.pdf>. Accessed in: 31 mar. 2023.

Amendment of the United States Constitution. This document, along with its Bill of Rights, serves as a fundamental piece of legislation that guarantees a series of rights. Among these rights, the Fourth and Fifth Amendments take on fundamental roles as safeguards of individual liberties (GIZZI; CURTIS, 2016, p. 5–6). Although distinct in scope, these amendments share the common goal of upholding the rights and dignity of individuals in the criminal justice system.

The Fourth Amendment focuses on the fundamental right to privacy and security in an individual's personal domain (U.S. COURTS, [n.d.]). It prohibits unreasonable searches and seizures by government agents unless a warrant is obtained based on probable cause (TOKSON, 2023, p. 508–509). This protection extends to a person's home, personal belongings, and any private spaces, with the aim of preventing arbitrary intrusion by law enforcement authorities. Obviously, this protection also covers access to the contents of cell phones, which can be seen as one of a person's most intimate collections (DEE, 2011, p. 1.129-1.133). Inside these devices, there is much privacy expectation for anyone.

In relation to the term “expectation of privacy”, it is important to analyze the cases *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) and *Katz v. United States*: 389 U.S. 347 (1967), which show the evolution of the United States Supreme Court's assessment of the extent of the Fourth Amendment's protection of privacy in police investigations.

In the first case, at the time of the prohibition of the sale of alcoholic beverages in the U.S., police officers obtained evidence that Roy Olmstead was managing a liquor production site by recording his conversations on the phone. These recordings were obtained by means of wiretaps installed without a warrant on the phones used at the suspect site, Olmstead's home, and that of his accomplices.

Olmstead was arrested and convicted on the basis of such evidence (conversations in which it was shown that he was involved in the production of alcoholic beverages), and the Supreme Court argued that the recording of the voices of those investigated did not represent a “search” in the sense represented by the Fourth Amendment, since the police officers would not have “physically” crossed the barriers of the properties of Olmstead and his accomplices when they heard the taped conversations.

A dissenting vote by Justice Louis Brandeis, for whom the Court should adapt the scope of the protection offered by the Fourth Amendment to new technologies, served as the basis for the modification of the Supreme Court's understanding in the second case. In 1967, Charles Katz was in a telephone booth on the street and police officers installed a microphone outside the booth, listening to the conversations of the person under investigation who was talking on the phone. These conversations proved Katz's involvement in criminal activities, for which he was convicted of illegal gambling.

Instead of the previous case (Olmstead), the Supreme Court introduced the concept of a "reasonable expectation of privacy" as a guiding principle for determining Fourth Amendment protections. The majority opinion stated that the Fourth Amendment protects people, not places, and that protection extends to situations in which individuals exhibit a subjective expectation of privacy that society recognizes as reasonable. For the Supreme Court, in this sense, the phone booth represented a place where Katz expected to have privacy, even on the street (MENA, 2022, p. 734). This judgment gave rise to the so-called *Katz Test on Privacy*, with which the idea of physical trespassing by the police was overcome. As in the present case, it would no longer be necessary for the police agents to enter the defendant's property for such activity to be considered a search (WINN, 2016, p. 05).

On the other hand, and as already analyzed in the previous subtopic, the Fifth Amendment serves as a shield against self-incrimination, protecting individuals from being coerced into giving testimony that could be used to incriminate them in criminal proceedings. This protection is rooted in the principle that individuals should not be forced to incriminate themselves, thus preserving their integrity and avoiding forced confessions.

Although the Fourth and Fifth Amendments address distinct dimensions of legal protection, they both contribute to the general principle of individual rights in the criminal justice system. Despite the Fourth Amendment primarily revolves around the protection of privacy, it indirectly reinforces the Fifth Amendment's shield against self-incrimination (HOCHSTRASSER, 2022, p. 1.187). Illegal searches or seizures that violate an individual's privacy rights can lead to improperly obtained evidence, which may be deemed inadmissible in court under the exclusionary rule.

This synergy underscores the importance of striking a balance between the government's investigative powers and individual rights, even though the Fourth Amendment's protection was initially aimed at property and the privacy rights that flow from it (CARTHEW, 2020, p. 200).

Therefore, the Fourth and Fifth Amendments fulfill distinct but complementary roles in protecting the rights of individuals within the structure of the criminal justice system. While the Fourth Amendment focuses on privacy and proper procedures for search and seizure, the Fifth Amendment protects against self-incrimination by preventing individuals from being compelled to testify against themselves (BRENNER, 2002, p. 191).

As demonstrated, the convergence of privacy and self-incrimination has come to the fore with the rise of smartphones and digital devices. The debate surrounding law enforcement's authority to compel people to unlock their smartphones or provide access to encrypted data has spurred several key discussions in the context of the Fourth and Fifth Amendments.

III – EXAMINING LEGAL IMPLICATIONS OF LAW ENFORCEMENT ACCESS TO SMARTPHONE CONTENTS IN THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM.

The issue of compelled or non-compelled access to smartphone content holds significance and embodies a cross-jurisdictional theme (VERDELHO, 2019, p. 137; VEDODATO & ZEDES, 2019, p. 78). Demonstrably, a comprehension of the legal regulations in the United States pertaining to this subject is imperative from a Brazilian perspective (BARROSO, 2010), with this article prioritizing an analysis of the lawfulness of intrusive measures within the Criminal Procedure, particularly in the context of police activities.

It is pertinent to highlight that certain factual scenarios are shared across various legal systems, underscoring the validity of the present study¹⁶ (CARDOSO, 2010, p. 470). Nevertheless, these very situations

¹⁶ The formation of a "fair process" is sought, to which the Brazilian legal system must be bound, given the universalization of the protection of Human Rights. It is evident that Brazil cannot isolate itself from what has been called the

engender a discussion surrounding the acknowledgment that Brazil is part of the International Human Rights Protection System, implying the existence of minimal guarantees within the Criminal Procedure to which law enforcement agencies are subjected. Within the dynamics of criminal procedural process, including its preliminary stages, transgressions against the parameters safeguarding individuals from undue state interference in the realm of individual liberties occur (LUZ & GIACOMOLLI, 2018, p. 95). The most evident manifestation of this dynamic lies in the systematic treatment of the approach adopted concerning the incorporation of judicial precedents by higher courts.

Thus, the significance of the prevalence of precedents in the realm of Brazilian constitutional jurisdiction becomes apparent, mirroring in this article the approach of the United States legal system when addressing the subject matter. Pertaining to decisions rendered by constitutional courts, it is intrinsic to this research to inquire into the binding nature of judgments and the repercussions of the arguments employed therein for the purpose of standardizing and harmonizing interpretations adopted in situations encountered by other courts of justice.

In the context of Criminal Procedure, as a branch of Public Law, the binding effect of constitutional court decisions holds greater relevance, given the conception of prioritizing the general interest over the particular¹⁷ (ROSITO, 2011, p. 307).

universal normativity of such rights to international normativity, that is “[...] supraconstitutional, in an evolutionary perspective of the needs and possibilities of realization and, above all, of interdependence, in a circular relational amplitude, overcoming the limits of verticality”. In short, in the realization of due process from the perspective of a right inserted in the international protection of human rights.” LUZ, D.; GIACOMOLLI, N. J. 2018. p. 102.

¹⁷ As stated, “[...] precedents acquire greater relevance in those branches of law where the public interest overrides the private interest, so that the maintenance of stability is of interest to a collectivity, which is why it is emphasized (os precedentes adquirem maior relevância naqueles ramos do Direito em que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular, de modo que a manutenção da estabilidade interessa a uma coletividade, razão pela qual é enfatizada).” ROSITO, 2011.

In this context, it is observed that the (un)voluntary unlocking of cell phones fits exactly this need for the constitutionalizing of criminal investigation in Brazil. However, it must be recognized that accessing smartphone content in criminal investigations is problematic in the Brazilian judicial system. (SILVA; MOURA, 2020, p. 401). The compelled or non-authorized unblocking issue has also been discussed in Lower Courts of Law nationwide (VEDODATO; ZEDES, 2019, p. 79–81). However, like the U.S. Supreme Court, the Brazilian Supreme Court (STF) has not yet addressed some critical issues (SOUBHIA; MUNIZ, 2023).

It is noteworthy that a considerable proportion of instances involving the police compelling the (un)voluntary unlocking of a suspect's mobile phones often occur without the presence of witnesses or in the absence of the defense lawyer. Consequently, questions arise concerning the reliability of the preservation of the chain of custody for digital evidence in such circumstances (PRADO, 2019, p. 90) (MOORE, 2005, p. 92).

In addition, it is vital to show that the State should not contradict itself when searching for criminal evidence to establish an argument in criminal proceedings. If the investigation and the criminal procedure were accepted as legal methods for persecuting crimes by the State (BADARÓ, 2018, p. 45), the same State would be prohibited from using suspicious and doubtful measures to achieve that (SILVA; MOURA, 2020, p. 403).

3.1 – SMARTPHONES SEIZURE DURING POLICE CHECKS.

Concerning the seizure of smartphones for investigative purposes, an important distinction exists between acts conducted during police investigations and those conducted during police investigative stops (BRAZIL, 2019). The first occurs within a formal criminal proceeding where the police have already conducted preliminary investigations about a suspect. In such cases, the investigators are typically aware of the suspect's smartphone and its potential relevance to the ongoing investigation. On the other hand, in unforeseen situations, primarily in flagrante delicto arrests, the officers may merely have a slight suspicion that the apprehended individual may have used a seized mobile phone in the commission of a crime. Hence, in the absence of a preliminary investigation, demanding the suspect to unlock their cellphone could

potentially amount to a *fishing expedition* (RAJ; MARSHALL, 2019, p. 110), which could lead to a *let-us-check-what-he-or-she-has-been-doing* operation¹⁸ (ANTONIALLI et al., 2019, p. 11–14).

The scenarios described in the previous paragraph are intriguing. In instances where a law enforcement officer is uncertain regarding the significance of specific digital evidence contained within the suspect's smartphone, there may appear to be a limited rationale for pursuing its decryption. Nonetheless, what transpires if the suspect, upon being solicited, voluntarily unlocks the device, and subsequently furnishes the passcode? This particular scenario has become increasingly prevalent in Brazilian legal proceedings in recent years.

The STF's recent decisions lie mainly in the defendant's free will in providing the passcode for unlocking the mobile phone seized by the police. Thus, jurisprudence suggests that unlocking a mobile phone, authorized by the owner in the presence of the defendant's lawyer, is an acceptable method of obtaining digital evidence¹⁹.

In the same way, the Court has ruled that access to the defendant's cellphones, granted by the owners to the police, is principally acceptable if their conviction is based on evidence other than what is retrieved from the devices²⁰. In one of these decisions, the smartphone's content was accessed with the authorization of the victim's father, given that she was only 13 years old²².

Thus, in 2017, the Court of Justice of São Paulo understood that, by granting access to the content of his cell phone to police officers who

¹⁸ In excellent research on the subject in Brazil, the authors provided vital information for differentiating between the access to the content of the smartphones of prisoners before or after the confirmation of the occurrence of a crime. See ANTONIALLI, 2019, p. 190-208.

¹⁹ BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal. Extraordinary Appeal in the Appealing 1.372.371- São Paulo*, 25 mar. 2022.

²⁰ BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal. Ordinary Appeal in Habeas Corpus 169.682 - Rio Grande do Sul*, 21 maio 2019b.

²¹ BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 214.936 - Distrito Federal*, 3 maio 2022b.

²² BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal. Ordinary Appeal in Habeas Corpus 169.682 - Rio Grande do Sul*, 21 maio 2019b.

were executing a search and seizure warrant at the place where he was, the defendant Odair was not obliged to do so, considering that the permission was deemed to have been granted in the presence of the defendant's counsel. It is interesting to note, in this case, that in addition to sealing the decision, the Supreme Court also based the sentence on article 6 of the Code of Criminal Procedure, in its items II and III²³, which indicate that the Police must proceed to the collection of all evidence at the scene of the crime²⁴ (ANTONIALLI et al., 2019, p. 192–193). Therefore, and keeping due proportions, a certain similarity with the SITA doctrine adopted in judicial decisions in the United States and mentioned in subtopic “2.1” above is revealed, to justify an exception to the Fourth Amendment and, therefore, to protect against undue searches by state agents²⁵.

²³ Art. 6°. As soon as the police become aware of a criminal offense, they must: I - go to the scene, making sure that the state and conservation of things are not altered, until the arrival of criminal experts; II - seize any objects related to the crime, once the criminal experts have released them; III - collect all the evidence needed to clarify the fact and its circumstances; [...]

BRAZIL. *Criminal Procedure Code*. Available at https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, accessed on 17 Aug. 2023.

²⁴ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Extraordinary Appeal in the Appealing 1.372.371- São Paulo., 25 Mar. 2022. Available at <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1291102/false>, accessed on 17 Aug. 2023.

²⁵ It is interesting to note that, in the leading case of the STJ on the topic proposed here, Justice Rogério Schietti pointed out exactly these terms in the reasoning of his vote. By mentioning the case of *Riley v. United States*, he asserted the following: “[...] *Riley*’s attorney maintained the illegality of all evidence since the officers had violated the Fourth Amendment. The judge rejected this argument, considered the search legitimate under the doctrine of the *Chimel rule* (something equivalent to the understanding espoused in HC n. 91.867/PA, of the STF), and condemned *Riley*. On appeal, the Court of Appeal upheld the conviction, reaffirming the search incident to arrest (SITA) or *Chimel Rule*, based on time in the recent decision of the Supreme Court of California in *People v. Diaz*, in which the Court held that the Fourth Amendment to the US Constitution US allowed police to conduct an exploratory search from a phone cell phone whenever found near the suspect at the time of arrest. The Supreme Court of California upheld the understanding of the lower courts backed by precedents of the Supreme Court of the United States of America, under which employees are authorized to seize objects under the control of a detainee and conduct warrantless searches for evidence preservation purposes pursuant to *People v. Diaz*. The case was brought before the Supreme Court of the United States of America, Stanford

In the same way, in another reviewed case, the Court has ruled that access to the defendant's cellphones, granted by the owners to the police, is principally acceptable if their conviction is based on evidence other than what is retrieved from the devices²⁶. In addition, it is observed that the Brazilian Supreme Court also did not require unequivocal proof from users of consent or authorization to access the content of cell phones seized by the Police in arrests or during the execution of search and seizure warrants²⁷.

In 2020, in a case taken to the Supreme Court, the Defense claimed that there was no unequivocal proof in the process that the defendant, Adão Leite da Silva Júnior, would have authorized access to the content of his smartphone, seized by the Police. According to the file, such authorization would have only been recorded in the police report

University law professor Jeffrey L. Fisher argued, on behalf of petitioner David Riley, that access to his smartphone violates your right to privacy. Chief Justice John Roberts, on behalf of the Court, concluded that a warrant is required to access a cell phone citizen in the event of arrest in flagrante delicto, considering that “modern cell phones are not just more technological convenience, because its content reveals the intimacy of life. The fact that technology now allows an individual to carry this information in his hand does not make the information less worthy of protection”. [...]”. BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Appeal in Habeas Corpus 51.531 - Rondônia, 19 Apr. 2016. Available at [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=A COR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2751531%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=A COR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2751531%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja), accessed on 18 Aug. 2023.

²⁶ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Ordinary Appeal on Habeas Corpus 163.003 – Distrito Federal. 02 Aug. 2019. Available at <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1006128/false>, accessed on 17 Aug. 2023.

²⁷ In the same judgment, it was decided that access to smartphone data was not illegal if there was a search and seizure order for the equipment. “[...] However, in the hypothesis, it emerges from the records that the seizure of cell phones occurred due to a search warrant and seizure duly issued by the Court since the dismantling of the group responsible for arms trafficking was possible due to an ongoing investigation to determine the illegal trade in firearms in the Metropolitan Region of Vitória/ES, which also had prior authorization to telephone interceptions. This Court has already decided that, in these cases, there is no illegality to be recognized. [...]”. BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Ordinary Appeal on Habeas Corpus 163.003 – Distrito Federal. 02 Aug. 2019. Available at <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1006128/false>, accessed on 17 Aug. 2023.

prepared by the officers who seized the device themselves²⁸. Therefore, the appeal was denied, and the digital evidence extracted from Adão's smartphone was accepted as proof of his involvement in the crimes of theft and corruption of minors.

In this context, it is noteworthy that the Supreme Court has, in certain rulings, pointed to the necessity for the Defense to substantiate the presence of harm when seeking the nullification of collected evidence²⁹. In 2022, the same court understood as valid access to the contents of the cell phone, granted by the prisoner in the act of possession of a large amount of marijuana, indicating that such authorization was registered at the time of the defendant's presentation to the Judiciary Police³⁰. In the situation described, José Roberto de Oliveira was stopped by federal road

²⁸ Here is part of the decision used as grounds by the Supreme Court: “[...] In this way, both panels of the Third Section of this Court consider evidence obtained directly from the data contained on a cell phone, from SMS text messages, conversations through programs or applications (WhatsApp), and messages sent or received by email, to have been obtained in flagrante delicto, without prior judicial authorization. However, in the case at hand, it is clear from the case file that the accused himself allowed the police to check the content of the messages, a circumstance that removes the taint pointed out, since this Court considers evidence obtained directly by the police from a cell phone seized without prior judicial authorization when, evidently, such authorization was not provided by the holder of the right to secrecy. [...]”. BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Ordinary Appeal in Habeas Corpus 169.682 - Rio Grande do Sul., 21 May 2019. Available at <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur423393/false>, accessed on 17 Aug. 2023.

²⁹ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 214.936 - Distrito Federal., 3 maio 2022. Available at: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470029/false>, accessed on 17 Aug. 2023. In this case, once again, the Supreme Court understood that access to the contents of the cell phone's memory was valid if granted by the user of the device.

³⁰ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 222.593 – Mato Grosso do Sul., 23 Nov. 2022. Available at <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1360963/false>, accessed on 17 Aug. 2023. Ver também BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 215.952 – Minas Gerais., 28 Jun. 2022. Available at <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1319241/false>, accessed on 17 Aug. 2023. In the latter case, the decision states that the military police claimed that the defendant, Bruno Pereira da Costa, would have insisted that the cell phone that was found be accessed to prove his innocence. (“[...] The police went to the defendant's house, where they found a cell phone on the floor, not blocked by a password and, with the owner's consent, accessed the content of the conversations.

police officers on 11/08/2022 when he was driving a truck containing the aforementioned illicit cargo. To the police, he said he was unaware of the contents of the boxes he was carrying, even having granted access to the conversations he had on his cell phone to justify such ignorance. The digital evidence found on José's smartphone was not disemboweled because it was illegally obtained. It was enough for him to have admitted to the judicial police authority that he had granted access to the road police officers on the content of his smartphone.

This jurisprudence is founded on the willingness of the mobile phone's owner to unlock the device, allowing the police to access the devices either during an arrest or a search warrant procedure. Nonetheless, providing the passcode to the police has its own complexities. Although the presence of the defendant's lawyer during the arrest may enhance the perceived integrity of the process, if the defendant is alone or without a lawyer, the legitimacy of the passcode concession can be challenged (LOPES JR; FERREIRA, 2022, p. 12). For instance, the defense could argue that the intimidating presence of armed officers at that moment influenced the defendant's decision to disclose the passcode to the police³¹.

In summary, observing how this "expressed authorization" was conveyed and under what conditions it occurred, in alignment with the principles of the Brazilian Constitution, is crucial and must be better scrutinized.

3.2 – THE PRIVACY PROTECTION CLAUSE AND ITS USE IN COURT.

The Brazilian Constitution of 1988 encompasses within its article 5 two principles relevant to the ongoing discourse at hand. In its Clause XII, it introduces safeguards against unwarranted data breaches, while in Clause X, it asserts that privacy constitutes a fundamental right. It is imperative to elucidate that there exists a reciprocal relationship

The patient, after being confronted about suspicious texts, insisted that the police access his phone. [...]”).

³¹ BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal. Extraordinary Appeal in the Appealing 1.372.371- São Paulo*, 25 mar. 2022^a.

between these guarantees in this context, wherein data protection emanates from the fundamental right to privacy, thereby preserving the confidentiality of that which one chooses not to disclose (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 439).

Fundamental rights bear a negative function within the realm of criminal investigation, imposing limitations on the means of evidence acquisition (PEREIRA, 2010, p. 185). Consequently, during the course of a police investigation, access to databases housing personal information or data potentially affecting privacy must adhere to legal stipulations, a fact mirrored in judicial precedent³². In line with this understanding, the legislator responded to the imperatives of technological progress in a timely manner, culminating in the inclusion of Constitutional Amendment No. 115/2022, which advances the fundamental right to personal data protection³³ (FELDENS; CEOLIN, 2023).

In the context of public and private, police stop-and-frisks can be intrusive to the point of talking about rights to privacy, in the plural, which would encompass the right to the image, private life, personality, reputation, and others also pertinent to any individual. Any interference with these spheres of law requires unequivocal and spontaneous authorization from its holder (QUEIROZ; PONCE, 2020, p. 68). Outside these terms, only through judicial authorization is it possible to do so. Once again, it is necessary to point out that granting access to the content of the smartphone itself is currently an act of greater interference in privacy than allowing the execution of a search and seizure warrant in the residence itself (GLOECKNER; EILBERG, 2019, p. 366).

³² BRAZIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.924-Distrito Federal. Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/2021, Processo Eletrônico DJe-059 DIVULG 28-03-2022 PUBLIC 29-03-2022*. Available at <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>, accessed on 15 Aug. 2023.

³³ Art. 5º (...) LXXIX – The right to the protection of personal data, including in digital media, is ensured under the law. (É assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais) (EC 115/2022).

The conflict between the right to privacy and the need for public safety is a common subject addressed during officer training in Brazilian police academies³⁴ (FORCHESATTO; SILVA, 2018, p. 16). The main argument is that the conflict is solved through the principle of proportionality when facing a clash between two principles. Therefore, the demand for public safety could outweigh the right to privacy, depending on the circumstances. Similarly, this issue is often debated in most STF rulings regarding the use of digital evidence obtained from (un)compelled smartphone unlocking as a police investigative measure (SILVA; MOURA, 2020, p. 412).

At this time, the Brazilian Superior Court of Justice (or STJ, meaning “Superior Tribunal de Justiça”), responsible for judging, in the last instance, all non-specialized infraconstitutional matters, has been shifting its jurisprudence towards the protection of the privacy’s rights concerning smartphone unlocking in arrests.

In a landmark case in 2016, the STJ determined that no urgency in police work could justify intrusion into the defendant’s smartphone without judicial authorization, particularly regarding recorded conversations on WhatsApp³⁵ (FAYET; CARVALHO, 2018, p. 313–318) (ANTONIALLI et al., 2019, p. 182). In such a case, Leri Souza e Silva was arrested by the Military Police on 03/18/2014 and had his smartphone searched without judicial authorization for such analysis of digital content. The defendant was detained for having been accused of drug trafficking and for having associated with an organization to commit such a crime, and three hundred ecstasy pills were found in his possession. The Judiciary Police claimed to have carried out the analysis on Leri’s cell phone based on items II, III, and VII of Article 6 of the Code of Criminal Procedure.

When appealing to the Court of Justice of the State of Rondônia, Leri had his appeal denied on 06/08/2014, on the grounds that the text

³⁴ It has been said that, apart from the individual right to privacy, there is the collective right of public safety. See Silva, G. B. P., & Moura, T, 2020.

³⁵ BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Appeal in Habeas Corpus 51.531 - Rondônia, 19 Apr. 2016. Available at [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2751531%27\).suc.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2751531%27).suc.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja), accessed on 17 Aug. 2023.

messages, recorded on his cell phone, seized when he was arrested in flagrante delicto, did not enjoy the constitutional protection against undue breach of your data. In addition to this argument, the Court of Justice also pointed out that the protection of the data contained in the defendant's smartphone is different from that granted to the interception of the telephone communication flow. Another argument used by the Court is based on permission to violate residences to carry out arrests in flagrante delicto, in accordance with the Brazilian legal system; thus, and making a comparison between the protection of the home and protection of privacy, the decision indicated that judicial authorization for the analysis of conversations recorded on the smartphone was not essential in that situation³⁶. The defendant appealed again, this time to the STJ.

Analyzing the issue, the STJ understood that the messages recorded on Leri's cell phone enjoyed the same protection granted to the content of e-mails³⁷. The STJ also pointed out that access to data and conversations recorded in the WhatsApp application was illegal, as it was carried out without a court order. The Court understood that there would be no reason to justify the urgency of collecting the information contained in the defendant's smartphone without the proper search

³⁶ BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Appeal in Habeas Corpus 51.531 - Rondônia, 19 Apr. 2016. Available at [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2751531%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2751531%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja), accessed on 18 Aug. 2023. On the same basis, the State Court of Justice understood that there was no evidence that the police wanted to harm Leri by inserting, erasing, or tampering with the messages recorded on the seized cell phone in their possession. Furthermore, it was also understood that police officers, as servants of the State, enjoyed the presumption of legality of their acts until proven otherwise.

³⁷ “[...]. In conversations maintained through the WhatsApp program, which is a form of written communication, online, between interlocutors, there is an effective and unauthorized interception of communications. It is similar to the conversations maintained by e-mail, where access to prior court orders has also been required. [...]”. BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Appeal in Habeas Corpus 51.531 - Rondônia, 19 Apr. 2016. Available at [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2751531%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2751531%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja), accessed on 18 Aug. 2023.

warrant authorizing the measure. Thus, the data extracted from Leri's cell phone were declared null, with the removal of such information from the records.

Following that judgment, the STJ set a precedent stating that a search warrant is required for law enforcement agents to examine a defendant's smartphone contents, regardless of whether an arrest is made in *flagrante delicto*³⁸³⁹.

In 2020, part of the STF shifted its position. It was decided that any digital data extracted from a smartphone by police without a search warrant would be considered inadmissible evidence⁴⁰.

In the analyzed situation, Rodrigo Ricardo Laurindo was arrested by military police in possession of a small amount of marijuana and cocaine, in addition to having been caught holding a firearm and ammunition. The arrest took place after approaching the defendant while still on the streets when the military police accessed the content of the smartphone that Rodrigo was carrying. When analyzing the conversations maintained by Rodrigo via WhatsApp, the police observed content that linked the defendant to drug trafficking, which is why they decided to enter his residence. Inside the defendant's house, they found the drugs, the firearm, and the ammunition that served as the basis for his arrest. Rodrigo was convicted in the first instance, appealed, and had his conviction upheld by the São Paulo Court of Justice and the Superior Court of Justice (STJ). He then appealed to the Supreme Court.

When analyzing the issue, one of the panels of the Brazilian Supreme Court modified its understanding, exposed in a previous judgment⁴¹, with regard to the difference between interception of

³⁸ BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 743.843 - Rio de Janeiro., 28 fev. 2023.

³⁹ BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Appeal in Habeas Corpus 73.998 - Santa Catarina., 6 fev. 2018.

⁴⁰ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 168.052 - São Paulo., 2020

⁴¹ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 91.867 - Pará. 24 Apr. 2012. Available at: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur214794/false>, accessed on 17 Aug. 2023.

data transmission and analysis of data stored in electronic devices^{42,43} (ANTONIALLI et al., 2019, p. 180). Emphasizing the constitutional protection of intimacy and private life, the decision pointed out that technological evolution determined a new analysis of the issue, with part of the Supreme Court starting to understand that access to content stored on smartphones⁴⁴ requires prior judicial authorization in a duly

⁴² In such a case, it is important to observe the reasons for the decision of Justice Rogério Schietti Cruz, of the STJ, in the emblematic Appeal in Habeas Corpus 51.531 – Rondônia: “[...]. Currently, access to the cell phone of a person arrested in the act allows the police authority to access numerous real-time communication applications, such as WhatsApp, Viber, Line, WeChat, Telegram, BBM, Snapchat, etc. All of them with the same functionalities for sending and receiving messages, photos, videos, and documents in real-time. After being automatically downloaded to the cell phone, such files are stored in the phone’s memory, and it should be noted that most companies that provide such functionalities do not store the aforementioned files on their servers. Hence the finding that there are two types of data protected in the case file: data recorded on the device accessed by the police when handling the device and data eventually intercepted by the police when they access instant communication applications. [...]”. BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Appeal in Habeas Corpus 51.531 - Rondônia, 19 Apr. 2016. Available at [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2751531%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2751531%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2751531%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja), accessed on 18 Aug. 2023.

⁴³ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 168.052 - São Paulo., 2020. Available at: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur437471/false>, accessed on 17 Aug.2023. In this case, the Justice Gilmar Ferreira Mendes pointed out that: “[...]. In the judgment of HC 91.867/PA, I highlighted the difference between telephone communication and telephone records, which would receive separate legal protection. On that occasion, I defended the impossibility of interpreting the clause of article 5, XII, of the CF, in the sense of data protection while registration, registration deposit, since the constitutional protection would be communication, not data. I believe, however, that the change in factual circumstances and legalities, the enactment of later laws, and the significant development of communication technologies, data traffic, and smartphones lead, nowadays, to a different solution. That is, I think we are facing a typical case of constitutional mutation. [...]”.

⁴⁴ Another point to be noted is the difference between analyzing the data that is stored on the smartphone, for example, having access to conversations already held on WhatsApp, and accessing the content of ongoing conversations in the same application, which would be seen as ongoing communication. One glimpse, for example, is the case of the police officer who, having access to the prisoner’s smartphone, enters WhatsApp and, observing the entry of messages sent by another suspect, starts to communicate with

substantiated decision. All related evidence was declared invalid, leading to the acquittal of the defendant.

In addition to this significant ruling, it is important to note that the STF has not yet reviewed Theme nº. 977⁴⁵. This theme aims to resolve the ongoing dispute concerning the police unlocking defendants' smartphones and the subsequent production of evidence. The final judgment by the STF on this issue was initially slated for March 2, 2023. However, the review did not take place as scheduled, leaving the matter unresolved.

3.3. – CHAIN OF CUSTODY PRESERVATION

Regarding obtaining digital evidence from smartphones, it is necessary to bear in mind that such actions must be covered with the widest possible range of guarantees regarding originality and security in handling the files found on the devices. It must be a rule that the defendants are literally in the hands of the State, which obtains the evidence and keeps it until the presentation in court. (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018, p. 281).

Before its formal seizure and forensic examination, the content of a smartphone remains unknown to the judge. Thus, it is also impossible

him without revealing his real identity. Ver MONSERRAT, 2022, p. 175–176. Also, it is important to indicate the difference between data stored on the cell phone and data stored in the cloud, that is, in the hands of third parties. Ver ANTONIALLI, D. M. et al.. 2019. FERRAZ JÚNIOR, T. S., 1993.

⁴⁵ In the jurisdiction of the STF, a theme is an “Autonomous procedural category, object of general repercussion, which arises with the preliminary judgment of general repercussion. Information regarding existing topics and paradigm resources can be consulted on the STF portal. “. Regarding general repercussion, it can be defined as “Procedural institute by which the STF reserves the judgment of issues brought in extraordinary appeals that present relevant issues from the economic, political, social, or legal aspect and that go beyond the subjective interests of the cause. It was included in the legal system by Constitutional Amendment n. 45/2004 and regulated by arts. 322 to 329 of the Internal Regulations of the Federal Supreme Court and by arts. 1,035 to 1,041 of the Code of Civil Procedure (Law n. 13,105/2015)”. BRAZIL, Supremo Tribunal Federal. Secretaria de Gestão Estratégica. 04 Sep. 2018. Entenda: repercussão geral. Available at: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=entendarg>, accessed on 21 Aug. 2023.

to define the exact scope of the warrant before initial access. Only after the police seizure and forensics proceedings, it becomes feasible for the judge to decide if the entire smartphone content should be available for the investigators' analysis. Next, the judge must also decide which device applications are available inside the device the police can access (KENNEDY, 2021, p. 709). Right? No, it does not always happen. It could be compared to a "second" crime scene (CARRIER; SPAFFORD, 2003, p. 02).

It was demonstrated that some Supreme Court decisions were based on the reliability of the digital evidence retrieved in compelled smartphone access during police checks. However, accessing and using digital evidence retrieved from smartphones in criminal proceedings depends on the chain of custody strict obedience (GLOECKNER; EILBERG, 2019, p. 356) (MENDES, 2020, p. 149–150). In this way, and beyond the mobile phone's content access discussion, it is crucial to indicate that the police (un)authorized content will be verified when the device passes through forensic analysis.

For the smartphone contents to be used as digital evidence, from the first time the police had contact with the device to its use before a Court of Justice, smartphone apprehension must follow the *chain of custody* directives (PRAYUDI; ASHARI; PRIYAMBODO, 2020, p. 55) (AL-KHATEEB; EPIPHANIOU; DALY, 2019, p. 159). The legal concept of chain of custody includes the mandatory steps that preserve the evidence's originality during its entire lifecycle (PRADO, 2019, p. 89–90) (JANSEN; AYERS, 2004, p. 29). This sequence of procedures aims to avoid data loss or even file falsification or adulteration, imposed intentionally or unintentionally⁴⁶ (FREEMAN; VAZQUEZ LLORENTE, 2021, p. 176).

In 2022, as already mentioned above, the Supreme Court already decided that having respected the chain of custody of the evidence, with

⁴⁶ "A sequence of concatenated events, in which each one provides the viability to the development of the following, in order to protect the integrity of a crime scene trace to its recognition as material evidence until the final judgment of the procedural merits; events these described in a documentary record detailed, validating the evidence and allowing its traceability, its ultimate objective is to ensure that the evidence presented in court be reviewed in the same evidentiary properties as the trace collected at the crime scene". DIAS FILHO, 2009. *Apud.* GIACOMOLLI, N. J.; AMARAL, M. E., 2019. p. 73.

the cell phone duly sealed when examined, there is no need to speak of nullity due to manipulation of the digital evidence. Furthermore, it was also mentioned the fact that the Defense did not prove that the manipulation of the evidence contained in the smartphone seized and examined took place⁴⁷. However, this article indicates that the issue cannot be resolved without addressing the unlocking of smartphones while still in arrest proceedings or during the execution of search warrants. Hence, the emphasis lies not in the mere act of access, but rather in the manner by which the user granted such access and how this procedure impacts the preservation of the chain of custody concerning digital evidence.

In certain instances, mentioned earlier, the court rulings failed to provide precise details regarding the specific juncture within the police incident when the smartphones were unlocked (ANTONIALLI et al., 2019, p. 187). This ambiguity underscores a concerning trend in jurisprudence, where expediting criminal investigations and securing convictions seem to take precedence over the meticulous consideration of individual rights (GIACOMOLLI; AMARAL, 2019, p. 75–76). Such an approach, inadvertently or not, can be interpreted as favoring a pro-crime control stance. This inclination towards hastened resolutions, at times, appears to compromise the thoroughness and fairness of the judicial process, potentially risking the erosion of the legal safeguards designed to protect the rights of individuals involved in criminal cases. (LOPES JR., 2012, p. 1.121). This implies that instead of acknowledging the potential illegality of a user unlocking their cell phone or at least the inherent difficulty in definitively establishing the absence of coercion, certain judicial rulings merely assert that the user had granted consent to law enforcement officers to access the digital evidence. This authorization, however, not only resulted in an invasion of the smartphone user's privacy but also inadvertently contributed to and strengthened their self-incrimination.

Within this context, imposing a reversal of the burden of proof is deemed unjustifiable. It is inappropriate to compel the Defense to

⁴⁷ BRAZIL. Supremo Tribunal Federal. Extraordinary Appeal in the Appealing 1.372.371- São Paulo., 25 Mar. 2022. Available at <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1291102/false>, accessed on 17 Aug. 2023.

demonstrate the harm resulting from the failure to uphold the chain of custody of digital evidence. Consequently, the mere inability to establish rigorous adherence to the prescribed procedures inherently tarnishes the integrity of the acquired evidence (PRADO, 2014, p. 81–82). Such lapses represent a substantive violation of due process and legal standards, constituting a clear form of misconduct. This misconduct becomes particularly pronounced when dealing with digital evidence, where the verifiability and preservation of the chain of custody are of paramount importance. Any deviation from the stipulated procedures can cast doubt upon the authenticity and reliability of the evidence, potentially compromising the fairness of the legal proceedings (MENDES, 2019, p. 147). In essence, the failure to rigorously maintain the chain of custody infringes upon the fundamental principles of justice and fairness, making it essential to rectify such shortcomings to ensure the integrity of the legal process and the protection of individuals' rights.

IV – FINAL REMARKS: A SUGGESTED FRAMEWORK

The act of compelling the owner of a smartphone to unlock it is considered impermissible in criminal proceedings. In situations where a suspect refuses to cooperate, such as during a police raid or the execution of a search warrant, there exists no legal justification for compelling access to the cell phone's contents. However, it is crucial to acknowledge that the available time frame can pose challenges for law enforcement, as they may be working against the clock to prevent a crime or, at the very least, secure vital evidence stored within a criminal suspect's smartphone. For instance, an owner who is unexpectedly confronted by officers can initially deny access to the cell phone by means of withholding the passcode, only to remotely erase its contents in the subsequent minutes by accessing the files through another device or computer.

Undoubtedly, prior to accessing the content of a smartphone, explicit authorization from the owner is imperative. This authorization can be granted voluntarily by disclosing the passcode(s) or unlocking the device through biometric means. In the context criminal proceedings, such access should only occur subsequent to the issuance of a judicial search warrant that specifically permits forensic examination. The

preservation of the digital evidence's chain of custody is essential in both scenarios, and the presence and active involvement of a defense attorney is highly recommended.

In most cases, the provincial Brazilian Courts of Justice have permitted police to unlock the defendant's mobile phones, grounding the decisions on the Criminal Procedure Code rules (ANTONIALLI et al., 2019, p. 193) or on the *Principle of Proportionality* (DEZEM, 2020, p. 39). As a result, judges have sanctioned police access to the contents of smartphones during arrests, and the digital evidence obtained has been deemed valid in court proceedings. However, the question still remains: “[...] Does arrest in flagrante delicto authorize the investigation of everything that is electronically saved in devices carried by the prisoner in flagrante delicto, without the need for a court order? [...]” (ANTONIALLI et al., 2019, p. 191).

A similar pattern can be observed at the level of the U.S. Courts. These decisions were based on the understanding that unlocking a smartphone constitutes a non-testimonial act. Consequently, this procedure was regarded as akin to a defendant's non-verbal participation, such as standing in a lineup for identification or providing a fingerprint pattern. Additionally, the decisions permitted law enforcement agents to search the contents of the device if it could be established that the information was already known to the investigators prior to the compelled or voluntary unlocking of the mobile phone. This article serves to illustrate that there are few actions in contemporary times that hold greater testimonial significance than the act of unlocking a smartphone (KENNEDY, 2021, p. 704).

This concept encapsulates the profound significance of gaining access to an individual's smartphone, akin to entering the inner sanctum of their personal life. There exists a discernible parallel between granting consent to enter one's physical residence and permitting access to the digital content residing within a person's cell phone (LOPES JR; FERREIRA, 2022, p. 13–15). Both actions entail a fundamental level of trust and privacy, and any intrusion into this realm necessitates due consideration of the individual's rights and their reasonable expectation of safeguarding their personal information. Recognizing this connection underscores the critical importance of legal and ethical standards in governing access to

digital devices, as they can yield profound implications for an individual's privacy and security.

The discourse surrounding compelled smartphone unlocking underscores the evolving nature of constitutional protections in the digital era. As technology advances, the judiciary faces the challenge of applying established legal tenets to novel and intricate scenarios (KNIJNIK, 2014, p. 179) (BRENNER, 2005, p. 02–03). Striking a balance between law enforcement's requisites and the preservation of individual privacy and Fifth Amendment rights remains an ongoing conundrum.

Although the Supreme Court of the United States has not definitively resolved the matter, judgments like *Riley v. California*, and *Carpenter v. United States* offer insight into how the Fourth and Fifth Amendments could be construed in the context of digital data and smartphone technology. As technology continues its march forward, it is likely that the judiciary will continue to wrestle with these predicaments and refine its comprehension of the constitutional protections at stake.

These contentious judicial interpretations have evolved over time. While neither the Supreme Courts of the U.S. nor Brazil has directly addressed this issue yet, the situation in Brazil seems to lean towards upholding defendants' rights against unauthorized access to smartphone content during police operations. The situation in the U.S., however, remains rather unclear (URES, 2021, p. 635–637).

This analysis reveals that while U.S. courts tend to place more emphasis on protecting defendants against self-incrimination, Brazilian courts tend to prioritize privacy protection in their decisions, presenting it as a more potent argument. This divergence reflects varying legal philosophies and cultural considerations in these two legal systems. In the United States, the emphasis on protecting defendants against self-incrimination aligns with the constitutional principle enshrined in the Fifth Amendment. In contrast, Brazilian courts' emphasis on privacy protection may be rooted in a different set of legal principles and societal values, all of them reflected in its Federal Constitution. These contrasting priorities underscore the nuanced complexities surrounding the intersection of digital technology, individual rights, and criminal justice in these respective

legal contexts. In both scenarios, when law enforcement observes or possesses substantial evidence suggesting that a defendant employed a smartphone for criminal activities, and when the device has been lawfully seized, the question arises as to why not pursue a court order to access its content (HINCKLEY, 2013, p. 1.394).

This line of inquiry underscores the procedural framework surrounding the acquisition of digital evidence, wherein the judicial authorization process serves as a crucial mechanism to balance law enforcement's investigative needs with the protection of individual rights. This consideration underscores the significance of due process and adherence to legal protocols in the retrieval of digital evidence from smartphones. Obtaining a court order not only ensures a structured and justifiable approach but also provides an additional layer of oversight to prevent potential abuses of power. It recognizes the principle that even in cases where there is a strong suspicion of criminal activity, the preservation of individuals' constitutional rights and privacy must remain a paramount concern in the pursuit of justice.

With regard to the central topic of this research, it is important to note that the legal premise of testimonial versus non-testimonial acts in U.S. jurisprudence encompasses much of the (un)voluntary unlocking of a defendant's smartphone, a matter prioritized in the Brazilian Courts. On the one hand, supplying the passcode is an intentional procedure and thus testimonial in nature, affording the defendant the protection of the Fifth Amendment against self-incrimination. On the other hand, the right to privacy should prevail, and access to the content of a smartphone should only be achieved with judicial authorization.

In sum, when viewed from an investigative perspective, embracing the practical considerations elucidated in this article becomes a shared obligation for law enforcement officers in both the United States and Brazil, rooted in their commitment to upholding the protection of human rights, a fundamental tenet intrinsic to their respective legal systems. This common commitment underscores the universal significance of respecting individual rights and due process, serving as a unifying principle guiding investigative practices in both nations.

Therefore, the following measures are recommended when confronted with the need to retrieve evidence from a suspect's smartphone:

- During in flagrante delicto arrests, even when the crime scene demands it, officers should never inspect the suspect's mobile phone, especially without witnesses' presence. Instead, a search warrant should be issued to do so. For instance, if the owner of the device insists on unlocking it and showing its contents to the police of their own accord, the entire proceeding must be recorded, preferably with witnesses, and this record should be preserved;
- In the situation mentioned above, if the device is seized as evidence, it must be powered down to protect its files from being altered, moved, encrypted, or destroyed. As a result, the integrity of the chain of custody for the evidence would be maintained;
- The suspect or the owner of the smartphone should never be forced to unlock the device, neither by providing the passcode nor by offering a biometric pattern. If the suspect voluntarily provides the passcode, it is advisable to make a note of it and hand it over to the forensic analysis team;
- During a criminal investigation, the police should seek the appropriate restricting orders and search warrants as needed, thereby making it unnecessary to unlock suspects' mobile phones when they are seized.

Within the framework of a conflict between the right to privacy and the State's paramount duty to uphold public safety, it becomes imperative to establish that the ascendancy of either principle should not lead to the complete negation of the other. This delicate equilibrium underscores the essence of a well-balanced legal and societal approach, where the preservation of individual privacy rights is harmonized with the broader responsibility of maintaining public security. Striking this balance not only safeguards fundamental liberties but also ensures the continued functionality and integrity of a just and democratic society.

REFERENCES

AL-KHATEEB, H.; EPIPHANIOU, G.; DALY, H. Blockchain for modern digital forensics: The chain-of-custody as a distributed ledger. Em: *Advanced Sciences and Technologies for Security Applications*. [s.l.] Springer, 2019. p. 149–168. https://doi.org/10.1007/978-3-030-11289-9_7

ANTONIALLI, D. M. et al. “Stop and frisks”, searches incident to arrest, and law enforcement access to cellphones: overview and analysis of state courts case law. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 154, p. 177–214, abr. 2019.

BADARÓ, G. Editorial dossier “Criminal evidence: Epistemological and juridical foundations”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 43–80, 1 jan. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>

BARMPATSALOU, K. et al. Current and future trends in mobile device forensics: A survey. *ACM Computing Surveys*, v. 51, n. 3, 1 abr. 2018. <https://doi.org/10.1145/3177847>

BARROSO, L. R. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse Público*, v. 59, n. 12, jan. 2010.

BRAZIL. Defensoria Pública do Estado da Bahia. O que você precisa saber sobre abordagem policial. , 2019. Disponível em: . Acesso em: 9 maio. 2023 <https://doi.org/10.11606/d.2.2010.tde-25082011-142156>

BRENNER, S. W. The Privacy Privilege: Law Enforcement, Technology, and the Constitution. *Journal of Technology Law & Policy*, v. 7, n. 2, p. 123–193, dez. 2002.

BRENNER, S. W. The Fourth Amendment in an Era of Ubiquitous Technology. *Mississippi Law Journal*, v. 75, p. 01–94, 2005.

BUFARAH, L. Brasil tem mais smartphones que habitantes: como democratizar aparelhos de ponta? Disponível em: . Acesso em: 29 mar. 2023. <https://doi.org/10.55232/202800.81>

BUTLER, A. Get a Warrant: the Supreme Court’s new course for digital privacy rights after Riley v. California. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 10, n. 1, p. 83–117, 2014.

CARDOSO, G. V. O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional. *Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas, FGV*, v. 6, n. 2, p. 469–492, 2010. <https://doi.org/10.1590/s1808-24322010000200006>

CARRIER, B.; SPAFFORD, E. H. Getting Physical with the Digital Investigation Process. *International Journal of Digital Evidence* Fall, v. 2, n. 2, p. 01–20, 2003.

CARTHEW, A. Searches and Seizures - Fourth Amendment and Reasonableness in General: protection of privacy in the Digital Age. *North Dakota Law Review*, v. 94, n. 1, p. 197–220, 2020.

CAUTHEN, R. H. The Fifth Amendment and Compelling Unencrypted Data, Encryption Codes, and Passwords. *American Journal of Trial Advocacy*, v. 41, n. 119, p. 119–140, 2017.

CHASE, A. Secure the Smartphone, Secure the Future: Biometrics, Boyd, a Warrant Denial and the Fourth and Fifth Amendments. *Poverty Law Journal Hastings Race and Poverty Law Journal*, v. 17, n. 2, p. 577–604, 2020.

COHEN, A.; PARK, S. Compelled decryption and the Fifth Amendment: exploring the technical boundaries. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 32, n. 1, p. 170–234, 2018. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3117984>

COULON, J. Privacy, Screened Out: Analyzing the Threat to Individual Privacy Rights and Fifth Amendment Protections in *State v. Stahl*. *Boston College Law Review*, v. 59, n. 9, p. 225–244, 2018.

DAVENPORT, V. E. Investigative Police Stops—Necessary or Insidious? A Practitioner’s Viewpoint. *Public Administration Review - The American Society for Public Administration*. [s.l.: s.n.].

DEE, M. Getting Back to the Fourth Amendment: Warrantless Cell Phone Searches. *New York Law School Law Review*, v. 56, p. 1129–1163, 2011.

DEZEM, G. M. A busca e apreensão em celulares: algumas ponderações em torno da proteção de dados, da privacidade e da eficiência do processo. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 53, n. 21, p. 35–48, mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/s0102-88392002000300007>

ECKART, J. P. The Department of Justice Versus Apple Inc.: The Great Encryption Debate Between Privacy and National Security. *Catholic University Journal of Law and Technology*, v. 27, n. 2, p. 1–71, 2019.

FAYET, F. A.; CARVALHO, A. V. WhatsApp, sigilo de dados e prova ilícita: para dizer o óbvio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 140, n. 26, p. 247–296, 2018.

FELDENS, L.; CEOLIN, G. F. Direito à autodeterminação informativa e o processo penal. Disponível em: . Acesso em: 23 maio. 2023. <https://doi.org/10.22533/at.ed.6252316014>

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, p. 439–459, 1993. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p439-459>

FORCHESATTO, R.; SILVA, D. N. DA. Possibilities of relativization of rights in police activity: access to data from electronic devices. *Revista Ordem Pública e Defesa Social*, v. 10, n. 1, p. 13–32, jan. 2018.

Fourth Amendment. Search and Seizure. Searching Cell Phones Incident to Arrest. *Riley v. California*. *Harvard Law Review*, v. 128, n. 1, p. 251–260, 2014.

FREEMAN, L.; VAZQUEZ LLORENTE, R. Finding the signal in the noise: International criminal evidence and procedure in the digital age. *Journal of International Criminal Justice*, v. 19, n. 1, p. 163–188, 1 mar. 2021. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqab023>

GELDENHUYS, K. Cellphones: evidence that does not lie. *Servamus Community-based Safety & Security Magazine*, p. 10–15, out. 2022.

GIACOMOLLI, N. J.; AMARAL, M. E. A. A cadeia de custódia da prova pericial na Lei no 13.964/2019. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, v. 12, n. 27, p. 67–100, 2019. <https://doi.org/10.22293/2179-507x.v12i27.1305>

GIZZI, M. C.; CURTIS, R. C. *The Fourth Amendment in Flux: the Roberts Court, Crime Control, and Digital Privacy*. Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2016. <https://doi.org/10.1017/s1537592718002451>

GLOECKNER, R. J.; EILBERG, D. D. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios frente aos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 156, n. 27, p. 353–392, 2019.

HERRERA, A. Biometric Passwords and the Fifth Amendment: How Technology Has Outgrown the Right to Be Free From Self-Incrimination. *UCLA Law Review*, v. 66, p. 778–817, 2019.

HINCKLEY, M. V. An Unreasonable Expectation? Warrantless Searches of Cell Phones. *Brigham Young University Law review*, p. 1.363-1.394, 2013.

HOBBIE JR., N. Reconsidering the Foregone Conclusion Doctrine: Compelled Decryption and the Original Meaning of Self-Incrimination. *The University of New Hampshire Law Review*, v. 20, n. 1, p. 51–96, 12 jan. 2021.

HOCHSTRASSER, D. Encryption and the privilege against self-incrimination: what happens when a suspect refuses to divulge a password. *UNSW Law Journal*, v. 45, n. 3, p. 1185–1219, 2022. <https://doi.org/10.53637/olrx1009>

HORSMAN, G. Digital evidence and the crime scene. *Science and Justice*, v. 61, n. 6, p. 761–770, 1 nov. 2021.

HUNT-BLACKWELL, S. You Have the Right to Remain Private: Safeguarding Biometric Identifiers in Civil and Criminal Contexts. *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, v. 24, p. 205–222, 2022.

IACP SUMMIT REPORT. Data, Privacy, and Public Safety. A law enforcement perspective on the challenges of gathering electronic evidence. [s.l.: s.n.]. Disponível em: . Acesso em: 31 mar. 2023.

IBRAHIM, T. M. et al. Recent advances in mobile touch screen security authentication methods: A systematic literature review. *Computers and Security*, v. 85, p. 1–24, 1 ago. 2019. <https://doi.org/10.1016/j.cose.2019.04.008>

JACOBSEN, K. M. Game of Phones, Data Isn't Coming: Modern Mobile Operating System Encryption and Its Chilling Effect on Law Enforcement. *The George Washington Law Review*, v. 85, n. 2, p. 566–612, 2017. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2856603>

JANSEN, W.; AYERS, R. P. Guidelines on PDA forensics. Gaithersburg, MD: [s.n.]. Disponível em: .

KENNEDY, E. Protecting the Fifth Amendment: Compelled Decryption in Indiana. *Indiana Law Review*, v. 54, n. 691–717, 2021. <https://doi.org/10.18060/26037>

KERR, O. S. Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination. *Texas Law Review*, v. 97, p. 767–799, 2019.

KNIJNIK, D. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5o da Constituição Federal do Século XXI. Em: SILVA, Â. R. I. DA et al. (Eds.). *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2014. p. 173–190. <https://doi.org/10.55232/1085002.32>

LARICCHIA, F. Smartphones in the U.S. - Statistics & Facts. Disponível em: . Acesso em: 2 abr. 2023.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 9a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, A.; FERREIRA, R. R. P. Validade do consentimento que recepciona a violação do direito à privacidade do indivíduo: do lar ao celular. *Revista Liber*, v. 1, n. 2, p. 06–39, 2022.

LUZ, D.; GIACOMOLLI, N. J. Jurisdição criminal brasileira e as Cortes Internacionais de Direitos Humanos: diálogos necessários. *Revista de Direitos e Garantias*

Fundamentais, v. 19, n. 1, p. 91–122, 31 out. 2018. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v19i1.942>

MENA, C. Another Katz moment?: Privacy, Property, and a DNA Database. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 55, p. 729–757, 2022. <https://doi.org/10.36646/mjlr.55.3.another>

MENDES, C. H. C. F. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?): apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 161, n. 27, p. 131–161, 2019.

MENDES, C. H. C. F. Tecnoinvestigação criminal. Entre proteção de dados e a infiltração por software. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENEZES, I. A. DE; BORRI, L. A.; SOARES, R. J. Evidence chain of custody break and its effects in the Brazilian criminal proceeding. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1, p. 277–300, 1 jan. 2018.

METZ, H. “Your Device is Disabled”: How and Why Compulsion of Biometrics to Unlock Devices Should be Protected by the Fifth Amendment Privilege. *Valparaiso University Law Review*, v. 53, n. 2, p. 427–466, 2019.

MONSERRAT, C. C. ¿Están prohibidos los engaños policiales que no se encuentran expresamente permitidos? Infiltraciones policiales, agentes encubiertos y derechos fundamentales. *Política Criminal*, v. 17, n. 33, p. 173–198, jul. 2022. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992022000100173>

MOORE, R. Search and Seizure of Digital Evidence. *Criminal Justice ed. [s.l.] LFB Scholarly Publishing LLC*, 2005.

MOSKOVITZ, M. A Rule in Search of a Reason: An Empirical reexamination of Chimel and Belton. *Golden Gate University School of Law. GGU Law Digital Commons*, p. 657–697, 2002.

NEUBAUER, K. “Unlock your phone and let me read all your personal content, please”: the First and Fifth Amendments and border searches of electronic devices. *Southern California Law review*, v. 92, n. 1275, p. 1274–1317, 2019.

PEREIRA, E. DA S. Teoria da Investigação Criminal. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, S.A.,, 2010.

PRADO, G. Prova penal e sistema de controlos epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1a ed. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2014.

PRADO, G. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRAYUDI, Y.; ASHARI, A.; PRIYAMBODO, T. K. The framework to support the digital evidence handling: A case study of procedures for the management of evidence in Indonesia. *Journal of Cases on Information Technology*, v. 22, n. 3, p. 51–71, 1 jul. 2020. <https://doi.org/10.4018/jcit.2020070104>

PRICE, M.; SIMONETTI, Z. Defending Device Decryption Cases. *The Champion*, National Association of Criminal Defense Lawyers, p. 42–63, jul. 2019.

QUEIROZ, R. M. R.; PONCE, P. P. Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado: o que permanece e o que deve ser reconsiderado. *Internet & Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 64–90, 2020. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p439-459>

RAJ, M.; MARSHALL, R. Examining the legitimacy of police powers to search portable electronic devices in Queensland. *University of Queensland Law Journal*, v. 38, n. 1, p. 99–123, 2019.

ROSITO, F. Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Tese de Doutorado em Direito—Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS., 2011. <https://doi.org/10.32467/issn.2175-3628v23n1a14>

SACHAROFF, L. Unlocking the Fifth Amendment: Passwords and Devices. *Fordham Law Review*, v. 87, n. 1, p. 203–250, 2018.

SHWEIKI, O.; LEE, Y. Compelled Use of Biometric Keys to Unlock a Digital Device: Deciphering Recent Legal Developments. *Journal of Federal Law and Practice*, v. 67, n. 1, p. 23–41, fev. 2019.

SILVA, G. B. P.; MOURA, T. Prisão em flagrante e acesso a dados de celular: desafios entre a privacidade e a investigação criminal. Em: *Proteção de dados pessoais e investigação criminal*. Associação Nacional dos Procuradores da República. Brasília: ANPR, 2020. p. 399–430. <https://doi.org/10.22350/9786559171934>

SOFGE, E. What Personal Data Stays on a Phone? Disponível em: . Acesso em: 26 mar. 2023.

SOUBHIA, F. A.; MUNIZ, G. R. G. Poder investigatório e o direito à intimidade. Disponível em: . Acesso em: 31 mar. 2023. <https://doi.org/10.22456/2317-8558.51261>

TOKSON, M. The Carpenter Test as a Transformation of Fourth Amendment Law. *University of Illinois Law Review*, n. 2, p. 507–535, 2023.

URESK, C. A. Compelling Suspects to Unlock Their Phones: Recommendations for Prosecutors and Law Enforcement. *Brigham Young University Law Review*, v. 46, n. 2, p. 601–655, 2021.

U.S. COURTS. What Does the Fourth Amendment Mean? Disponível em: . Acesso em: 18 abr. 2023.

VEDODATO, L. R.; ZEDES, L. The cellphone of a man is his castle: privacy and smartphones in the criminal investigation. *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 2, p. 65–92, 2019. <https://doi.org/10.18759/rdgf.v20i2.1109>

VERDELHO, P. Obtaining digital evidence in the global world. *European Law Journal*, v. 5, n. 2, p. 136–145, jul. 2019.

WILSON, S. Compelling Passwords from Third Parties: Why the Fourth and Fifth Amendments Do Not Adequately Protect Individuals when Third Parties Are Forced to Hand Over Passwords. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 30, n. 1, p. 01–38, 2015.

WINN, P. Katz and the Origins of the Reasonable Expectation of Privacy Test Recommended Citation. *McGeorge Law Review*, v. 40, n. 1, p. 01–12, 2016.

ZIV, M. *Riley v. California*: can you hear the equilibrium now? *Berkeley Technology Law Journal*, v. 30, n. 385, p. 1283–1315, 2015.

Authorship information

Rafael Francisco França. Doutorando em Direito na NOVA School of Law, Lisboa, Portugal (2022-2026). É mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS (2014). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais - UFRGS (2018), com estágio doutoral no Centre for International and Defence Policy - CIDP, financiado pelo Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior - CAPES/MEC. Foi Professor de Direito Processual Penal na Universidade da Região da Campanha-URCAMP. Membro do International Visitor Leadership Program (IVLP - alumni), programa do Departamento de Estado (EUA). Visitor Fellow no Centre for International and Defence Policy - CIDP, vinculado a Queen's University, em Kingston/ON, Canadá. Delegado de Polícia Federal. Foi Chefe do Núcleo de Inteligência Policial da Delegacia de Polícia Federal em Foz do Iguaçu/PR entre 2020 e 2022. 9110@novalaw.unl.pt

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgment: Agradeço ao Dr. Thobias Prado Moura, doutorando em Direito pela NOVA School of Law, pela revisão dos originais.

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: 29/05/2023
- Desk review and plagiarism check: 05/03/2023
- Review 1: 23/06/2023
- Review 2: 16/06/2023
- Review 3: 17/07/2023
- Preliminary editorial decision: 26/07/2023
- Correction round return 1: 22/08/2023
- Final editorial decision: 20/09/2023

Editorial team

- Editor-chefe: (VGV)
- Editor-assistente (FRV)
- Revisores: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

FRANÇA, Rafael Francisco. Balancing Self-Incrimination and Public Safety: A Comparative Analysis of Compelled Smartphone Unlocking in Brazilian and U.S. Legal Systems. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1371-1420, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.867>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais


*What exists beyond the word of the victim? The case law of
the Superior Court of Justice on evidence in sexual crimes*

Hellen Luana de Souza¹

Academia Brasileira de Direito Constitucional – Curitiba, PR, Brasil

hellenluanas78@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/3131066623005617>


 <https://orcid.org/0000-0003-3472-6953>

João Pedro Barione Ayrosa²

Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, Alemanha

joaabayrosa@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/4401995652899931>

 <https://orcid.org/0000-0002-7720-1252>

RESUMO: Este artigo analisa julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre crimes contra a dignidade sexual, a fim de responder à seguinte pergunta: além da palavra da vítima, quais as “demais provas” valoradas nessa espécie de delito para se considerar provado um enunciado fático? Para tanto, faz-se uma análise qualitativa de casos julgados pelo STJ

¹ Pós-graduanda (com bolsa integral) em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst.) (2023). Aluna especial da disciplina “O Fato Punível e as Novas Exigências”, oferecida pelo PPGD/UFBA no semestre letivo 2023.2. Graduada no curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (2022). Integrante do Grupo de Estudos de Direito Penal Econômico (GEPDE - UFSC). Advogada.

² Mestrando (LL.M) na Humboldt-Universität zu Berlin. Aluno especial da disciplina “O Fato Punível e as Novas Exigências”, oferecida pelo PPGD/UFBA no semestre letivo 2023.2. Graduado em Direito pelo Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado.

no ano de 2022 envolvendo o tema da prova nos crimes sexuais, sistematizando-os. Ao final, em conformidade com os resultados apresentados, constata-se a existência de três categorias: provas relacionadas à própria palavra da vítima; provas consistentes na palavra de terceiros; laudos (físicos e psicológicos).

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; Prova de crimes contra a dignidade sexual; Palavra da vítima; Testemunho de terceiros; Laudos como prova.

ABSTRACT: *This article analyzes judgments from the Superior Court of Justice (STJ) on crimes against sexual dignity, in order to answer the following question: in addition to the victim's word, what "other evidence" is valued in this type of crime in order to consider a factual statement proven? Therefore, a qualitative analysis of cases judged by the STJ in the year 2022 is carried out, systematizing them. At the end, in accordance with the results presented, the existence of three categories was verified: evidence related to the victim's own words; consistent evidence in the word of others; reports (physical and psychological).*

KEYWORDS: *Case law of the Superior Court of Justice; Evidence of crimes against sexual dignity; Word of the victim; Third-party testimony; Reports as evidence.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Problemas de prova nos crimes contra a dignidade sexual. 2. Justificativa da escolha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça como objeto de pesquisa. 3. Metodologia. 4. Resultados. 4.1. Palavra da vítima e seus reforços. 4.2. Palavra de terceiros. 4.3. Laudos físicos e psicológicos. 4.4. Sistematização dos resultados. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A prova em casos de crimes sexuais (= dignidade sexual) é um assunto tormentoso, não só por sua difícil produção, mas, também, por

vulnerabilizar a vítima e causar comoção social³. Por essa combinação de fatores, buscaram-se formas de, a um só tempo, contornar as referidas dificuldades probatórias e dar uma resposta satisfatória à vítima e à população⁴.

Uma tentativa de equacionar os diversos interesses em jogo pode ser encontrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (adiante: STJ) que confere especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes sexuais. Entretanto, os julgados⁵ que fazem referência a esse entendimento, muitas vezes, acrescentam mais um elemento: a palavra da vítima tem especial valor probatório *quando* está em consonância com as demais provas dos autos. A questão que fica é: além da palavra da vítima, quais são essas “demais provas” levadas em conta para considerar provado um enunciado fático?

Buscando responder a essa pergunta, analisou-se a jurisprudência do STJ, no ano de 2022, com relação às provas que se somam à palavra da vítima em casos de crimes contra a dignidade sexual. Para isso, o presente estudo foi dividido em quatro partes: na primeira, há uma breve exposição

³ No mesmo sentido, sobre a problemática da prova nos crimes sexuais: ALMEIDA, Gabriela Perissinoto de. Depoimento da vítima como vértice das provas nos crimes de estupro: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem cumprido esse normativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 28, n. 165, p. 97-218, 2020, p. 100 e ss.; sobre as dificuldades probatórias decorrentes de uma postura androcêntrica de parte da jurisprudência: LEITE, Mariana Silva; LIMA, Marília Freitas; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Coerção e consentimento no crime de estupro: a valoração dos atos sexuais em um campo de disputas. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 33, n. 1, p. 198-216, 2020, p. 209 e ss. <https://doi.org/10.14393/CEF-v33n1-2020-9>; destacando as dificuldades para a defesa: ODEBRALSKI, Nikolai. *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren: ein Praxishandbuch*. Berlim: Springer, 2020, p. 3. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-61760-1>

⁴ MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (org.). *Violença de gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 87-110, p. 103.

⁵ A título de exemplo: “Em delitos sexuais, a palavra da vítima possui[r] especial relevância quando em consonância com as demais provas colacionadas ao feito está em conformidade com a orientação jurisprudencial do STJ” [AgRg no AREsp 1695504/DF, Rel. Min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado no TJDF), Quinta Turma, julgado em 04/10/2022, DJe de 17/10/2022.].

sobre a problemática probatória dos crimes contra a dignidade sexual; na segunda, é justificado o recorte da presente pesquisa; na terceira, há uma explicação sobre a metodologia aplicada; e, por fim, na quarta parte, os resultados alcançados são apresentados. Ao final, foram resumidas as conclusões da pesquisa.

1. PROBLEMAS DE PROVA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes contra a dignidade sexual⁶ causam consequências dramáticas tanto para a vítima, manifestadas nos efeitos do fato sobre sua vida, quanto para a pessoa acusada, pois as penas previstas para alguns dos crimes contidos nessa categoria são altas⁷, bem como por encontrar condições piores em estabelecimentos penitenciários em comparação a outros condenados e por ficar estigmatizado no círculo social⁸.

Não obstante, é exatamente esse tipo de delito que apresenta, muitas vezes, as maiores dificuldades probatórias, podendo-se citar, sem pretensão de completude, os seguintes fatores: normalmente são cometidos em lugares reservados e longe dos olhares de terceiros⁹, estando

⁶ Para clareza, está-se a falar especificamente, para fins da presente pesquisa, dos crimes previstos no título VI, capítulos I e II, do Código Penal Brasileiro, englobando do artigo 213 ao artigo 218-C.

⁷ Por exemplo, o artigo 217-A (estupro de vulnerável) prevê pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, podendo ser aumentada pela metade nos casos do inciso II do art. 226. Esse exemplo foi escolhido pela relevância do referido tipo penal identificada ao longo da pesquisa (cf. tópico 4, *infra*).

⁸ WILLE, Florian. *Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren: Defizitäre Angeklagtenrechte in Deutschland und Österreich und deren Korrekturmöglichkeiten*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2012, p. 1 e 6. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-27422-0>

⁹ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, 2022, p. 1025-1026. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>; GONZÁLEZ MONJE, Alicia. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1627-1660, 2020, p. 1635-1636 e 1641. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.377>; ALMEIDA, Gabriela Perissinoto de. Depoimento da vítima como vértice das provas nos

presentes apenas a vítima e o agente; por isso, na instrução processual, é comum a falta de testemunhas diretas do fato. Soma-se a isso o fato de não deixarem, em muitos casos, marcas físicas¹⁰, de modo a não ser possível detectá-las por meio de exame de corpo de delito; caso o fato deixe sinais físicos, é possível que tenham desaparecido devido ao tempo decorrido entre o crime e o exame, uma vez que nem sempre a vítima denuncia logo após o fato; ou seja, ao fim e ao cabo, há ausência de vestígios¹¹. Há, ainda, um incremento na dificuldade probatória nos casos em que a vítima é menor de idade, pois há o tensionamento entre a proteção da criança e do adolescente e os direitos da pessoa acusada, mormente o contraditório

crimes de estupro: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem cumprido esse normativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 165, p. 97-218, 2020, p. 100 e ss.; MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (org.). *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 87-110, p. 93.

¹⁰ Sobre as diversos formas que atos sexuais podem se materializar: CAMARGO, Beatriz Corrêa; RENZIKOWSKI, Joachim. The Concept of an “Act of a Sexual Nature” in Criminal Law. *German Law Journal*, v. 22, n. 5, 753-768, 2021. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.37>.

¹¹ SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, 2022, p. 1025-1026. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>; WILLE, Florian. *Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren: Defizitäre Angeklagtenrechte in Deutschland und Österreich und deren Korrekturmöglichkeiten*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2012, p. 8. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-27422-0>; na jurisprudência, apontando que, quando se trata dessa espécie de delito, muitas vezes o laudo pericial em nada serve à elucidação do fato: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1944608/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/02/2020, DJe de 25/02/2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.837.805/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 03/12/2019.

e a ampla defesa¹², além de existirem dificuldades de comunicação, principalmente em casos que envolvem crianças de idade tenra¹³.

Diante dos problemas expostos, o STJ firmou jurisprudência no sentido de que, em delitos de natureza sexual, *a palavra da vítima recebe especial relevância quando em harmonia com as demais provas colacionadas ao processo*¹⁴. Por meio desse entendimento, o Tribunal teria tentado remediar a impunidade e o sentimento de falta de proteção de mulheres e pessoas LGBTQIAPN+ vítimas dessa espécie de crime¹⁵. Tal tema recebeu atenção doutrinária e vem sendo por ela desenvolvido¹⁶, sem que, entretanto, se tenha clareza sobre quais seriam as “demais provas” que a jurisprudência

¹² Exemplar ao privilegiar a proteção da criança e do adolescente amparado no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição em detrimento do Código de Processo Penal e do interesse da defesa: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 793076/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/02/2023, DJe de 13/02/2023.

¹³ ODEBRALSKI, Nikolai. *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren: ein Praxishandbuch*. Berlim: Springer, 2020, p. 101. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-61760-1>

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no HC 666228/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe de 21/02/2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe de 15/02/2022; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp 2128151/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022.

¹⁵ MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (org.). *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 87-110, p. 103. Uma nota: de todos os casos levados em consideração para esse estudo (ver justificativa no tópico 4 “metodologia”), apenas um, desconsiderando os casos com vítimas crianças, envolvia uma vítima do sexo masculino: AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022.

¹⁶ Por exemplo: MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (org.). *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 87-110; MATIDA, Janaina. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. *Trincheira Democracia*, v. 2, n. 3, p. 7-9, 2019; ROCHA, Ronan. Especial valor probatório das declarações do ofendido. *JOTA*, 2020, documento on-line não paginado.

menciona, de modo que nos parece de valor investigar o que o Tribunal responsável por essa jurisprudência entende ser o seu conteúdo.

2. JUSTIFICATIVA DA ESCOLHA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO OBJETO DE PESQUISA

É necessário justificar o porquê da análise da jurisprudência do STJ. Em primeiro lugar, trata-se do órgão responsável por uniformizar os entendimentos quanto à legislação infraconstitucional e, por isso, interessa tanto à teoria quanto à prática ter clareza sobre o conteúdo de sua jurisprudência. Além disso, a forma como o STJ apresenta seus acórdãos, com transcrições das decisões dos Tribunais de Justiça, torna acessível o conteúdo dessas decisões que, de outra forma, teriam a sua leitura impedida por força do segredo de justiça decretado correlato à matéria¹⁷.

Todavia, há um aspecto a ser considerado. A súmula 7 do STJ prevê: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, de modo que a simples matéria fática está excluída da análise em sede de recurso especial¹⁸, o que poderia impossibilitar a aferição de quais provas o STJ considerou aplicáveis ao caso.

Contudo, isso não se mostrou um problema. As decisões que aplicaram a referida súmula, por mais que não examinassem novamente o acervo de provas do processo, descrevem com detalhes quais foram as provas produzidas nos casos por meio da transcrição da decisão recorrida, o que viabilizou o acesso ao que foi utilizado como prova no caso. Ademais, foi possível identificar quais provas o STJ considerou importantes para o caso, pois, quando discordou da valoração ou entendeu que houve

¹⁷ Exemplificativamente, a procura por “crime sexual” e “palavra da vítima” no buscador de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em março de 2023 retornou 41 registros. Contudo, todas as decisões que aparecem entre 2023 e 2014 estão sob segredo de justiça, sendo possível apenas a leitura da ementa do acórdão de alguns processos (em outros nem isso), que, em sua esmagadora maioria, não apresenta descrição do caso, nem detalhes sobre a produção probatória.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 360.

desrespeito à sua jurisprudência, o Tribunal não se omitiu de alterar o resultado do julgamento mediante nova valoração do conjunto probatório¹⁹.

Dessa forma, há vários julgados cujo conteúdo consiste, essencialmente, em transcrição da valoração da prova realizada pelo Tribunal Estadual na decisão objeto de recurso, com um comentário do Ministro Relator sobre a correção da valoração adotada pela instância inferior. A partir disso, foi possível traçar o entendimento do STJ sobre o conteúdo do termo “demais provas” em crimes contra a dignidade sexual.

3. METODOLOGIA

As pesquisas de julgados foram feitas no *site* do STJ com a inserção, em todas, de limitação temporal na busca de acórdãos a publicações entre 01 de janeiro de 2022 e 31 de dezembro de 2022. Na primeira pesquisa, foram usados os termos “palavra”, “vítima” e “crime sexual”, do que resultaram 33 (trinta e três) julgados. Na sequência, fez-se nova pesquisa com os termos “palavra”, “vítima” e “crimes sexuais”, que localizou 14 (catorze) acórdãos. Após análise dos julgados, verificou-se que esses 14 (catorze) acórdãos já estavam contidos no resultado da primeira pesquisa. Ou seja, a alteração do comando de pesquisa consistente em usar “crimes sexuais” no plural ao invés do singular não fez surgir novos julgados.

Em seguida, outra pesquisa foi feita usando os termos “palavra”, “vítima” e “delito sexual”, tendo sido encontrados 30 (trinta) julgados, dos quais 25 (vinte e cinco) estavam também contidos na primeira pesquisa e os outros 5 (cinco), não. Por fim, na última busca foram usadas as palavras “declaração vítima” e “crime sexual”, o que resultou em um total de 16 (dezesesseis) acórdãos, estando 6 (seis) deles contidos na primeira pesquisa, havendo, portanto, 10 (dez) julgados novos.

Ao final, todas as pesquisas totalizaram, juntas, 48 (quarenta e oito) acórdãos. Após análise qualitativa, foram descartados 13 (treze) julgados por não abordarem o tema da palavra da vítima e, por isso, dissociarem-se do fim desta pesquisa. Portanto, com a dedução destes,

¹⁹ Conferir notas 26 e 27.

sobraram 35 (trinta e cinco) acórdãos. Ocorre que um caso²⁰ apareceu em duplicidade, já que um julgado consistia na decisão dos embargos de declaração opostos. Como se referem ao mesmo caso e não houve alteração da decisão embargada, seria incorreto considerá-las como decisões diferentes para a o fim da análise a que se propõe o presente estudo. Em razão disso, levaremos em conta 34 (trinta e quatro) acórdãos que restaram após realizar essa “triagem”.²¹

4 RESULTADOS

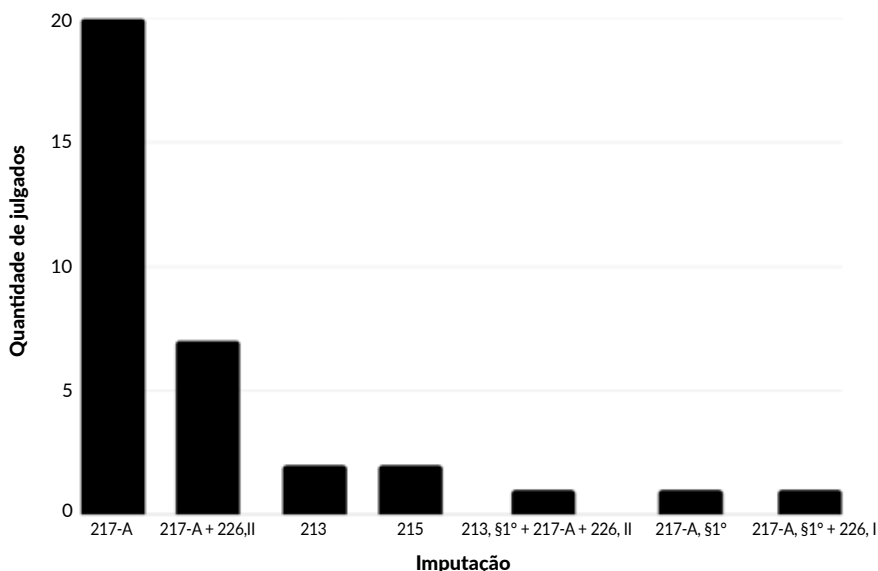
O primeiro critério de sistematização aplicado aos 34 (trinta e quatro) acórdãos foi o crime imputado. A justificativa para tanto é que, conforme explicado no tópico 2, o valor da palavra da vítima em crimes sexuais apresenta ainda maiores dificuldades nos casos em que a vítima é criança. Desse critério resultaram: (a) 20 (vinte) julgados com a imputação era de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal; (b) 7 (sete) julgados imputaram o crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A, CP) cumulado com a causa de aumento de pena por relação familiar (artigo 226, II, CP); (c) 2 (dois) julgados com imputação de estupro, previsto no artigo 213, CP; (d) 2 (dois) julgados com imputação de violência sexual mediante fraude (artigo 215, CP); (e) 1 (um) caso cuja imputação era o crime previsto no artigo 213, § 1º (estupro vítima entre 14-18 anos) e 217-A (estupro vítima de vulnerável) cumulada com a causa de aumento de pena por relação familiar (artigo 226, II, CP); (e) 1 (um) julgado de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A, § 1º do CP; e (f) 1 (um) julgado cuja imputação era de estupro de vulnerável (artigo 217-A, §1º, CP) cumulada com causa de aumento de pena por

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe de 15/02/2022.

²¹ Os dados e critérios de seleção foram depositados em repositório de acesso aberto: SOUZA, Hellen de; AYROSA, João P. B. Tabelas nº 01, 02 e 03. Aplicação da súmula 07/STJ, agrupamentos dos julgados e revisão, *Figshare*, 2023. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.24195300.v2>

concurso de agentes (artigo 226, I, CP). Essas informações podem ser apresentadas por meio do seguinte gráfico:

Gráfico nº 1. Crimes imputados nos julgados analisados



Fonte: elaborado pelos autores.

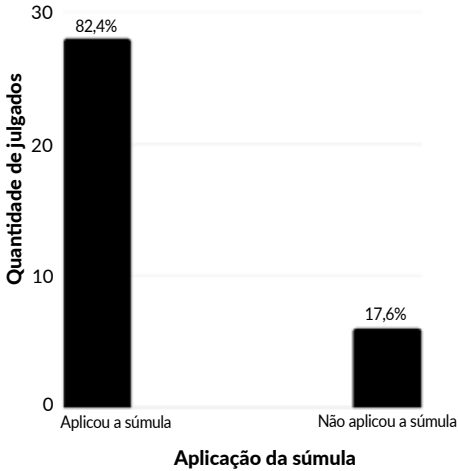
A quantidade de julgados que tematizaram o art. 217-A, CP, chama a atenção, especialmente considerando que a maior parte das discussões sobre a palavra da vítima arrancam da ideia de que ela seria uma pessoa adulta²², capaz de armazenar informações e se expressar de forma clara. Caso se tenha em mente que boa parte dos casos que chegam ao judiciário envolvem menores de idade, pode-se concluir que outras discussões precisam ser aprofundadas e difundidas²³.

²² A título de exemplo, não mencionando crianças: MATIDA, Janaína. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. *Trincheira Democracia*, v. 2, n. 3, 2019, p. 7-9; ROCHA, Ronan. Especial valor probatório das declarações do ofendido. *JOTA*, 2020, documento on-line não paginado.

²³ Por exemplo, a discussão sobre o depoimento especial. Já há boa literatura que tenta expor as vantagens (facilitação da produção de provas; evitar a

O segundo critério de sistematização aplicado consiste na classificação dos julgados em dois grupos: os que aplicaram a súmula 7/STJ e os que não a aplicaram. Dos 34 (trinta e quatro) casos analisados, 28 (vinte e oito) aplicaram a súmula 7:

Gráfico nº 2. Julgados que aplicaram a súmula nº 7/STJ



Fonte: elaborado pelos autores.

revitimização etc) e desvantagens (privilegia-se a busca da prova contrária ao réu; transformaria o direito da criança em depor em obrigação etc.) do referido procedimento. Contudo, parece-nos que ainda há espaço para expansão do debate em torno do instituto, de forma que o que já temos de produção pode servir como ponto de partida para ulteriores investigações. A título de exemplo: PELISOLI, Cátula da Luz; DOBKE, Veeda Maria; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Depoimento Especial: Para além do embate e pela proteção das crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. *Temas em psicologia*, v. 22, n. 1, p. 25-38, 2014. <https://doi.org/10.9788/tp2014.1-03>; BRITO, Leila Maria Torraca de; PARENTE, Daniella Coelho. Inquirição judicial de crianças: pontos e contrapontos. *Psicologia & Sociedade*, v. 24, p. 178-186, 2012. <https://doi.org/10.1590/s0102-71822012000100020>. Com um olhar do ponto de vista dos direitos probatórios do acusado: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Direito ao confronto e depoimento especial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 187-224, 2020. Mencionando a especial dificuldade quando há o envolvimento de crianças: SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, 2022, p. 1026. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>

Dessa aplicação generalizada da súmula 7 decorre que em várias decisões do STJ não há uma reavaliação das provas apresentadas, mas simplesmente a repetição do que foi valorado pelo juízo de primeira instância ou Tribunal de Justiça. Entretanto, conforme mencionado acima²⁴, a súmula não impediu o STJ de revalorar a produção probatória quando não concordou com o resultado alcançado pela instância inferior²⁵, nem obstou a alteração de julgamento quando identificada a incorreta aplicação da jurisprudência do STJ sobre a palavra da vítima²⁶. Dessa forma, é possível concluir que quando o STJ apenas cita a valoração realizada pela instância inferior, sem alterá-la, a considera, ao menos *prima facie*, como correta.

Ainda, antes de adentrar na análise do conteúdo dos julgados, são necessárias três ressalvas: (i) dos 34 (trinta e quatro) julgados, em um²⁷ o STJ não faz a descrição da valoração de provas feita por outras instâncias, o que impediu a análise qualitativa aqui visada; (ii) em um grupo de julgados, composto por três casos²⁸, o especial valor probatório da palavra da vítima era analisado no contexto de alegação de falta de justa causa da ação penal, ou seja, em momento anterior à eventual condenação e avaliação de toda a produção probatória desenvolvida no processo, de modo que não foram, aqui, levados em consideração; (iii)

²⁴ Tópico 3, *supra*.

²⁵ AgRg no AREsp 2009659/TO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 21/03/2022: “Considerando não só o depoimento da vítima, mas da sua genitora, citados pelas instâncias ordinárias, passa-se a transcrevê-los, como forma de evitar a incidência da Súmula n. 7/STJ, e, revalorando as provas dos autos, constatar ou não a possibilidade da absolvição com base na jurisprudência desta Corte”.

²⁶ AgRg no AREsp 1961564/PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022.

²⁷ AgRg nos EDcl no REsp 2012164/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgamento em 04/10/2022, DJe de 10/10/2022.

²⁸ AgRg no RHC 160542/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 08/03/2022, DJe de 14/03/2022; AgRg no HC 713611/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 04/03/2022; RHC 163731/PA, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe de 18/08/2022.

por fim, em um caso²⁹, houve o reconhecimento da falta de prova para condenação, pois a vítima, criança de dois anos de idade, não sabia se expressar adequadamente, de modo que a única “prova” era a palavra da mãe, que, contudo, não havia presenciado o suposto crime; logo, é um caso em que não houve a palavra da vítima e, por isso, também será desconsiderado.

Assentado isso, parte-se à análise do que efetivamente se entende por “demais provas” nos crimes sexuais. Mediante uma sistematização prévia do material probatório citado, conseguiu-se dividi-lo em três grandes grupos: provas referentes à própria palavra da vítima (palavra da vítima e seus reforços, tópico 4.1, *infra*); o depoimento de terceiros (palavra de terceiros, tópico 4.2, *infra*); laudos (laudos físicos e psicológicos, tópico 4.3, *infra*).

4.1 PALAVRA DA VÍTIMA E SEUS REFORÇOS

Neste tópico, focar-se-á nas provas que se relacionam de forma direta com a própria palavra da vítima. Em 33 (trinta e três) casos, é referido que a palavra da vítima tem especial valor probatório nos crimes sexuais e deve ser corroborada por outros elementos de prova, conforme a jurisprudência dominante do STJ.

Em 29 casos, é possível extrair que fatores foram levados em conta como prova. O primeiro, verificado em 10³⁰ (dez) casos, refere-se

²⁹ AgRg no AREsp 1961564/PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022.

³⁰ AgRg no REsp 2004589/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no AREsp 1695504/DF, Rel. Min. Jesuíno Rissato (des. convocado no TJDFT), Quinta Turma, julgado em 04/10/2022, DJe de 17/10/2022; AgRg no AREsp 1904689/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg no AgRg no AREsp 2012206/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe de 15/02/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022; AgRg no AREsp 1805077/RJ, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. convocado do

à coerência da palavra da vítima durante o processo, que reforçaria sua qualidade e lhe conferiria maior credibilidade. Em sentido, contrário em 1³¹ (um) caso, apesar do relato da vítima menor de idade apresentar incongruências em relação ao local em que teria ocorrido o crime, estas não foram suficientes para ilidir o valor probatório de sua palavra, pois foi considerado que as incongruências eram acessórias e insignificantes diante do que a vítima narrou com detalhes. Assim, pode-se extrair a primeira conclusão: *a ideia de coerência não estaria já contida na “palavra da vítima”, representando um plus à sua credibilidade: além da palavra da vítima, que já tem especial valor, ela ainda é coerente*³².

Outro critério desenvolvido pela jurisprudência, presente em 9 (nove) casos, consiste no fato de a vítima e/ou testemunhas/informantes não terem motivos para prejudicar o réu, incriminando-o. Novamente, aplica-se a lógica já exposta de que essa característica seria um *plus: além da palavra da vítima, especialmente valorosa nessa espécie de crime, ela não tem motivo para querer incriminar o réu; logo, deve ser ainda mais crível*³³.

TJDFT), Quinta Turma, julgado de 18/10/2022, DJe de 28/10/2022; AgRg no AREsp 2086318/AL, Sexta Turma, julgado em 07/06/2022, DJe de 17/06/2022; AgRg no AREsp 1899926/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 24/02/2022.

³¹ AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022.

³² Não se esclarece, entretanto, por qual razão tal critério não pode também ser aplicado à palavra do réu. Nesse sentido: ROCHA, Ronan. Especial valor probatório das declarações do ofendido. *JOTA*, 2020, documento on-line não paginado. Quanto à jurisprudência espanhola, com semelhante critério: GONZÁLEZ MONJE, Alicia. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n. 3, p. 1627-1660, 2020, p. 1640-1641. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.377>

³³ Crítico a esse critério, ROCHA, Ronan. Especial valor probatório das declarações do ofendido. *JOTA*, 2020, documento on-line não paginado: “Poder-se-ia argumentar que palavra da vítima deve prevalecer porque ela não tem outro interesse além da apuração da verdade. Esse argumento, todavia, não convence. Inicialmente, porquanto ele é contingente: se ele pode ser afirmado em alguns casos, não há dúvida, porém, de que ele comporta exceções, já que há casos em que a vítima tem interesses distintos da apuração da verdade. Não é difícil pensar em interesses políticos (prejudicar, por exemplo, um desafeto detentor de mandato eletivo), na projeção social que uma acusação falsa contra celebridade pode acarretar, tampouco pode ser descartado o interesse em

Cruzando os dados, a coerência da palavra da vítima e a ausência de motivos para incriminar o acusado estão presentes simultaneamente em 5 (cinco) casos³⁴.

Em suma, conclui-se, a partir dos casos analisados, que a coerência da palavra da vítima e a ausência de motivos para incriminar/prejudicar o réu funcionam como reforços à palavra da vítima. A coerência é algo que está no próprio círculo da credibilidade da palavra da vítima, ou seja, relacionado diretamente ao seu conteúdo. Diferentemente, a ausência de motivos para incriminar/prejudicar o réu é aferida do contexto fático apresentado nos autos e depende de alguns fatores, como relatos de testemunhas e informantes, a versão da vítima e sua condição (como, por exemplo, o fator menoridade), sendo um fator externo a em favor da credibilidade ao relato.

4.2 PALAVRA DE TERCEIROS

Em 23³⁵ (vinte e três) julgados são encontradas referências a testemunhas e/ou informantes, não havendo, entretanto, em nenhum

obter reparação de danos. Além disso, a “ausência de outro interesse” deveria ser demonstrada em todo caso em que o critério fosse invocado, o que não é feito. A isso se soma a dificuldade prática de demonstrar a inexistência de outro interesse por parte da vítima. A fragilidade do fundamento conduz, portanto, ao seu descarte”. Destacando entendimento semelhante da jurisprudência espanhola: GONZÁLEZ MONJE, Alicia. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n. 3, p. 1627-1660, 2020, p. 164. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.377>

³⁴ AgRg no REsp 2004589/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no AREsp 1695504/DF, Rel. Min. Jesuíno Rissato (des. convocado no TJDFT), Quinta Turma, julgado em 04/10/2022, DJe de 17/10/2022; AgRg no AREsp 1904689/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; AgRg no AREsp 2086318/AL, Sexta Turma, julgado em 07/06/2022, DJe de 17/06/2022.

³⁵ AgRg no REsp 2004589/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no AREsp 1695504/DF, Rel. Min. Jesuíno Rissato (des. convocado no TJDFT), Quinta Turma, julgado em 04/10/2022, DJe de 17/10/2022; AgRg no HC 649371/SP, Rel. Min. Ribeiro

desses casos, uma que tivesse presenciado o crime imputado, o que, mais uma vez, evidencia a dificuldade probatória dos crimes contra a dignidade sexual.

A prova testemunhal pode ser subdividida em três categorias:

a) referente às declarações da vítima (testemunha de ouvir dizer)³⁶;

Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022, DJe de 13/09/2022; AgRg no AREsp 1904689/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022; AgRg no AgRg no AREsp 2012206/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; AgRg no AREsp 1917506/CE, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022; AgRg no HC 685439/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no AREsp 2086318/AL, Sexta Turma, julgado em 07/06/2022, DJe de 17/06/2022; AgRg no AREsp 2030511/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no AREsp 1961589/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 05/04/2022, DJe de 08/04/2022; AgRg no REsp 1944608/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/02/2020, DJe de 25/02/2022; AgRg no HC 713611/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 04/03/2022; AgRg no AREsp 1961564/PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg no HC 669100/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe de 21/02/2022; AgRg no AREsp 2210477/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 01/12/2022; AgRg no AREsp 2153366/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/09/2022, DJe de 04/10/2022; AgRg no AREsp 2009659/TO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 21/03/2022; AgRg no AREsp 1936398/PE, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.923.215/AM, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.

³⁶ AgRg no AREsp 1695504/DF, Rel. Min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado no TJDF), Quinta Turma, julgado em 04/10/2022, DJe de 17/10/2022; AgRg no HC 649371/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022, DJe de 13/09/2022; AgRg no AREsp 1904689/

b) referente à mudança de comportamento da vítima³⁷; c) referente ao comportamento da pessoa acusada³⁸.

SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022; AgRg no AgRg no AREsp 2012206/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022; AgRg no AREsp 1917506/CE, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg no HC 767899/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 04/11/2022; AgRg no HC 685439/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no AREsp 2086318/AL, Sexta Turma, julgado em 07/06/2022, DJe de 17/06/2022; AgRg no AREsp 2030511/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no AREsp 1961589/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 05/04/2022, DJe de 08/04/2022; AgRg no REsp 1944608/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/02/2020, DJe de 25/02/2022; AgRg no HC 713611/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 04/03/2022; AgRg no AREsp 1961564/PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg no AREsp 2210477/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 01/12/2022; AgRg no AREsp 2153366/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/09/2022, DJe de 04/10/2022; AgRg no AREsp 2009659/TO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 21/03/2022.

³⁷ AgRg no REsp 2004589/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022; AgRg no AREsp 2210477/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 01/12/2022; AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.923.215/AM, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022.

³⁸ AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022; AgRg no AREsp 1936398/PE, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022.

Nos 18 (dezoito) casos de testemunhas de ouvir dizer, as testemunhas e/ou informantes são familiares, vizinhos ou professores que não presenciaram os fatos e narram em juízo o que ouviram da própria vítima ou de terceiros. Ou seja, são testemunhas que contam em juízo a versão que ouviram da vítima, o que é possível descrever a partir da seguinte estrutura: a) a vítima diz que algo (um abuso) ocorreu; b) essa declaração ocorre antes do procedimento judicial; c) as palavras da vítima são repetidas perante o julgador com a intenção de provar que aquilo que a vítima disse efetivamente ocorreu³⁹.

A segunda categoria, por sua vez, aparece em 4 (quatro) casos e busca demonstrar os efeitos que o abuso teria causado sobre a vítima, geralmente destacando mudanças comportamentais percebidas desde a data do fato⁴⁰. Com isso, busca-se, indiretamente, reforçar a veracidade da palavra da vítima, pois demonstra que o ocorrido teve efeitos concretos sobre a sua forma de ser e de se portar. É comum também que haja sobreposição entre essa categoria e a de testemunhas de ouvir dizer⁴¹.

³⁹ MYERS, John EB et al. Jurors' perceptions of hearsay in child sexual abuse cases. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 5, n. 2, p. 388-419, 1999, p. 389. <https://doi.org/10.1037/1076-8971.5.2.388>. Entretanto, tal forma de testemunho é criticada por não ser epistemologicamente a melhor maneira de revelar o que realmente ocorreu: “a melhor maneira de descobrir a verdade, mormente num processo eminentemente oral e centrado em fontes de prova pessoal, é submeter a testemunha a um exame cruzado, para verificar se ela está falando a verdade ou mentindo” [BADARÓ, Gustavo Henrique. A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional: Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 4, p. 177-188, 2014, p. 178].

⁴⁰ Por exemplo, AgRg no REsp 2004589/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 24/10/2022: “Tanto é assim, que em juízo R. contou que notou uma diferença no comportamento da sua filha, que ela não era mais carinhosa como antigamente com seu pai”.

⁴¹ AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022: “E, no caso dos autos não foi diferente, as pessoas que vieram a juízo prestar informações eram do convívio diário da ofendida, as quais souberam informar as rotinas, mudanças de comportamentos e, por último, contaram como souberam dos abusos sexuais perpetrados contra um ente familiar, ainda tão jovem”.

Por fim, há 4 (quatro) casos⁴² em que a testemunha destaca o comportamento suspeito do réu. A lógica é o alegado pela vítima estaria em harmonia com a forma de ser da pessoa acusada, de maneira a ser compatível o que a vítima diz e a visão que se tem sobre a pessoa acusada, reforçando o depoimento.

A jurisprudência ressalva, contudo, que o depoimento de testemunha/informante serve como uma prova que *corrobor*a a declaração da vítima, militando a seu favor, sem, contudo, ser aceita como única prova no caso⁴³. Tem-se, portanto, novamente uma relação de *plus*.

4.3 LAUDOS FÍSICOS E PSICOLÓGICOS

Por fim, nos casos analisados, a dificuldade probatória relativa à prova pericial ficou evidente. Isso porque, como o estupro não envolve

⁴² AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022; AgRg no AREsp 1936398/PE, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022.

⁴³ Cita-se, novamente, o AgRg no AREsp 1961564/PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022, em que a vítima tinha 2 anos e a única declaração dando conta do abuso era da mãe, que não viu o ocorrido: “No caso, não se faz possível chegar-se à conclusão, sem alguma sombra de dúvida, a respeito da existência do crime em questão. Apesar de a palavra da vítima ter suma importância nos crimes contra a dignidade sexual, especialmente naqueles em que as vítimas são vulneráveis, isso não dispensa o concurso de outros elementos de prova.3. A idade da vítima (2 anos de idade) não lhe permitiria expressar adequadamente a respeito de um fato de tamanha seriedade sem que houvesse outros elementos de prova aptos a corroborar a declaração do menor, dada como presente na interpretação da sua genitora. A condenação se baseou unicamente no relato da mãe, que não presenciou o fato, não podendo, para a finalidade (prova do fato), ser considerada portavoza do menor”. Concordando que a prova testemunhal, especialmente a de ouvir dizer, não pode ser suficiente para uma condenação: ODEBRALSKI, Nikolai. *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren: ein Praxishandbuch*. Berlim: Springer, 2020, p. 42. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-61760-1>

apenas a conjunção carnal, mas também a prática de atos libidinosos que não deixam qualquer vestígio, há casos em que a perícia nada apontará⁴⁴. Ademais, mesmo nos casos em que há conjunção carnal, a prova pericial também nada indicará se decorrido certo tempo entre o fato e a realização da perícia⁴⁵.

Dentre os julgados analisados, não há menção sobre a produção de prova pericial em 22 (vinte e dois) casos⁴⁶.

⁴⁴ AgRg no HC 649371/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022, DJe de 13/09/2022; AgRg no AREsp 1917506/CE, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022.

⁴⁵ AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022.

⁴⁶ AgRg no REsp 2004589/PR, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no AREsp 1695504/DF, Rel. Min. Jesuino Rissato (des. convocado no TJDFT), Quinta Turma, julgado em 04/10/2022, DJe de 17/10/2022; AgRg no AgRg no AREsp 2012206/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no HC 666228/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe de 21/02/2022; AgRg no HC 767899/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 04/11/2022; AgRg no HC 685439/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022; AgRg no AREsp 1805077/RJ, Rel. Min. Jesuino Rissato (Des. convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 28/10/2022; AgRg no AREsp 2128151/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg nos EDcl no HC 750170/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg no AREsp 2086318/AL, Sexta Turma, julgado em 07/06/2022, DJe de 17/06/2022; AgRg no AREsp 2009832/AM, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 29/04/2022; AgRg no AREsp 2030511/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no AREsp 1961589/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 05/04/2022, DJe de 08/04/2022; AgRg no HC 669100/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe de 21/02/2022; AgRg no AREsp 2210477/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 01/12/2022; AgRg no AREsp 2153366/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/09/2022, DJe de 04/10/2022; AgRg no AREsp 2009659/TO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 21/03/2022; AgRg no AREsp 1936398/PE, Rel. Min.

Nos outros 12 (doze) julgados⁴⁷, há referência à produção de prova pericial e/ou relatório médico. Em 8 (oito) casos⁴⁸ a perícia resultou

Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg nos EDcl no REsp 2012164/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgamento em 04/10/2022, DJe de 10/10/2022; AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.923.215/AM, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022; AgRg no AREsp 1899926/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 24/02/2022; AgRg no AREsp 1961564/PR, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022.

⁴⁷ AgRg no HC 649371/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022, DJe de 13/09/2022; AgRg no AREsp 1904689/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022; AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022; AgRg no AREsp 1917506/CE, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe de 15/02/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022; AgRg no RHC 160542/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 08/03/2022, DJe de 14/03/2022; AgRg no REsp 1944608/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/02/2020, DJe de 25/02/2022; AgRg no HC 713611/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 04/03/2022; RHC 163731/PA, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe de 18/08/2022.

⁴⁸ AgRg no HC 649371/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022, DJe de 13/09/2022; AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022; AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022; AgRg no AREsp 1917506/CE, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe de 15/02/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022; AgRg no RHC 160542/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 08/03/2022, DJe de 14/03/2022; AgRg no REsp 1944608/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/02/2020, DJe de 25/02/2022.

negativa, sendo que: em 3 (três)⁴⁹, o tempo decorrido entre o exame e o fato foi determinante para não se encontrarem vestígios; em outros 3 (três)⁵⁰, a perícia nada constatou porque a prática imputada por si só não deixava marcas, como, por exemplo, um toque nas partes íntimas. Além disso, em 2 (dois) casos não há descrição do porquê a perícia foi negativa, de maneira que não há como enquadrá-los nos grupos anteriores. Há, ainda, 3 (três) casos nos quais a perícia resultou positiva: em um caso a ruptura antiga do hímen corroborava com a narrativa do fato criminoso⁵¹; nos outros dois⁵² foi constatada a conjunção carnal. Por fim, há ainda um caso⁵³ sem a descrição do conteúdo do laudo pericial, de modo que não há como saber se foi conclusivo ou não.

Quanto aos relatórios psicológicos, em 20 (vinte) casos não há menção sobre a sua produção, ao passo que em 13 (treze) casos houve a elaboração de relatório. Para além destes treze, há um caso⁵⁴ peculiar em que a discussão recursal consistia no pedido da defesa de anulação do processo para que fosse determinada a juntada de laudo psicológico conclusivo acerca do estudo técnico em produção pelo CRAS (Centro de Referência de Assistência Social). No entanto, o

⁴⁹ AgRg no HC 737697/SP, Rel. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 31/05/2022; AgRg no AREsp 1919117/DF, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 19/04/2022, DJe de 25/04/2022; HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022.

⁵⁰ AgRg no AREsp 1917506/CE, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 02/03/2022; AgRg no AREsp 1964547/DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 08/02/2022, DJe de 15/02/2022; AgRg no HC 649371/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022, DJe de 13/09/2022.

⁵¹ AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado.

⁵² AgRg no HC 713611/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 04/03/2022; RHC 163731/PA, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe de 18/08/2022.

⁵³ AgRg no AREsp 1904689/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022.

⁵⁴ AgRg no HC 669100/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe de 21/02/2022.

STJ entendeu que a defesa não demonstrou a imprescindibilidade do laudo para alterar a condenação e que as demais provas no processo – palavra da vítima e provas orais – foram consideradas suficientes para a condenação pelas instâncias inferiores, em harmonia com a sua jurisprudência.

Dentre os 13 (treze) casos com relatório, foram constatadas mudanças comportamentais das vítimas e até o desenvolvimento de certas consequências após o crime – como, por exemplo, pânico – em 4 (quatro) casos⁵⁵, sendo que em outro⁵⁶ foi constatado abalo psicológico da vítima. Há ainda 4 (quatro) casos que orbitam em torno da palavra da vítima: um⁵⁷ atesta a veracidade da declaração; outro⁵⁸, a vítima detalha a violência sofrida; em um terceiro,⁵⁹ psicólogos prestam depoimento e afirmam que a revelação do fato pela vítima foi de forma deliberada; no quarto⁶⁰, foi produzido parecer técnico sobre eventual comprometimento do relato pela deficiência mental da vítima, concluindo-se que não. Ademais, há um caso em que ⁶¹ o relatório psicossocial da menor não constatou os sintomas e comportamentos típicos da pessoa vitimada, e

⁵⁵ AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.923.215/AM, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 29/4/2022; AgRg no AREsp 2030511/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no AgRg no AREsp 2012206/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022; AgRg no HC 649371/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/09/2022, DJe de 13/09/2022.

⁵⁶ AgRg no AREsp 1961589/RS, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 05/04/2022, DJe de 08/04/2022.

⁵⁷ AgRg no AREsp 1805077/RJ, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Des. convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado de 18/10/2022, DJe de 28/10/2022.

⁵⁸ AgRg no AREsp 2030511/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/04/2022, DJe de 03/05/2022.

⁵⁹ HC 770542/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 08/11/2022, DJe de 11/11/2022.

⁶⁰ AgRg no AREsp 2153366/DF, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/09/2022, DJe de 04/10/2022.

⁶¹ AgRg no AREsp 2009659/TO, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 21/03/2022.

outro⁶² em que foram encontrados indicativos de que a violência ocorrera. Por fim, em 2 (dois) casos não há descrição sobre o conteúdo do que foi constado pelos laudos⁶³.

4.4 SISTEMATIZAÇÃO DOS RESULTADOS

Para que se visualize de forma mais didática o que constitui as “demais provas”, o gráfico abaixo reúne as análises anteriores nos respectivos tópicos temáticos. No entanto, a fim de evitar confusões quanto ao número de julgados, algumas explicações são necessárias para a compreensão do gráfico final.

A primeira é que com exceção dos casos que se excluem mutuamente – como, por exemplo, laudos negativos e positivos -, um caso pode aparecer mais de uma vez em uma mesma categoria, por exemplo: na palavra de terceiros, a testemunha/informante pode ser do grupo de ouvir dizer e, ao mesmo tempo, ser alguém que estranhou o comportamento do réu.

A segunda refere-se à categoria palavra de terceiros. Em um caso⁶⁴, apesar de constar na descrição das provas que há testemunhas, não há referência ao conteúdo do que foi dito, de modo que não foi possível contabilizá-lo em nenhum dos três grupos (testemunhas de ouvir dizer; testemunhas que apontaram mudança de comportamento da vítima; e testemunhas que estranharam o comportamento do réu).

Por fim, a terceira explicação: os laudos ou estudos psicossociais foram categorizados pelo conteúdo, tendo sido adotada como nomenclatura geral a palavra “laudo”.

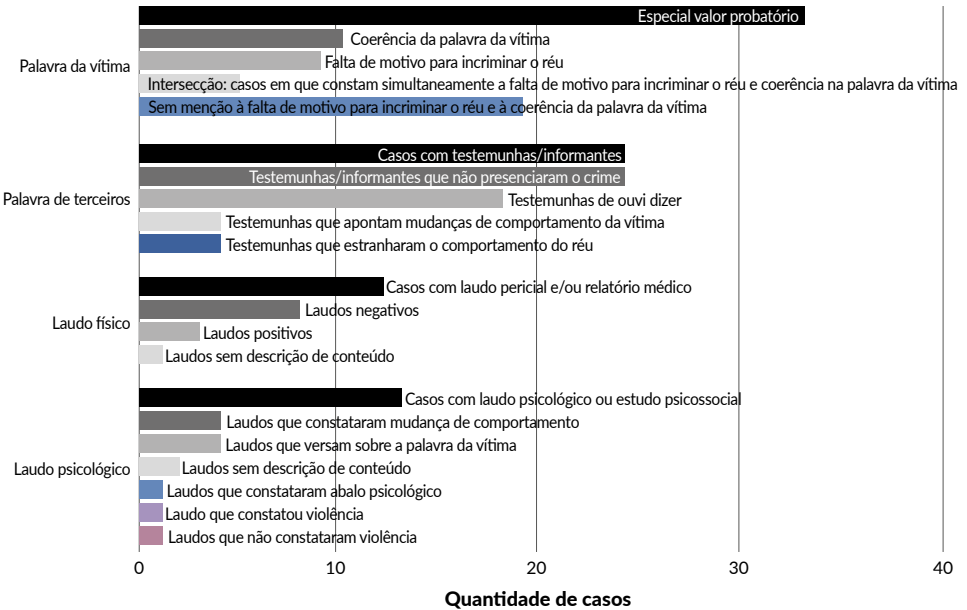
Graficamente:

⁶² AgRg no REsp 1944608/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/02/2020, DJe de 25/02/2022.

⁶³ AgRg no AREsp 1904689/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/08/2022, DJe de 22/08/2022; AgRg nos EDcl no AREsp 1828274/DF, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/03/2022, DJe de 25/03/2022.

⁶⁴ AgRg no HC 669100/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/02/2022, DJe de 21/02/2022.

Gráfico nº 3. Provas valoradas nos julgados analisados



Fonte: elaborado pelos autores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados da pesquisa podem ser assim sintetizados:

1. Dos casos que chegam ao STJ, há uma grande parte que corresponde ao crime de estupro de vulnerável, ou seja, que a vítima é menor de idade;
2. O termo “demais provas” pode ser categorizado em três grandes grupos: (i) referentes à própria palavra da vítima; (ii) palavra de terceiros; (iii) laudos;
 - 2.1 Com relação ao primeiro grupo, é possível destacar a coerência da palavra da vítima e a falta de motivos para querer incriminar o acusado como os elementos centrais, funcionando como um *plus*;
 - 2.2 O segundo grupo pode ser subdividido em (i) testemunhos de ouvir dizer; (ii) testemunhos sobre a mudança comportamental da vítima; (iii) testemunhos sobre o comportamento do réu;

- 2.2.1 Também o testemunho de terceiros serve como um *plus* à palavra da vítima, não servindo para fundamentar uma condenação;
 - 2.2.2 Não foram identificados casos em que a testemunha/informante presenciou o crime;
 - 2.3 Os laudos, tanto físicos quanto psicológicos, também são utilizados como reforços para comprovar o fato, aparecendo, contudo, em menos da metade dos casos analisados;
 - 2.3.1 Dentro dos casos em que foram utilizados laudos físicos, há um baixo número de laudos positivos;
 - 2.3.2 Os laudos psicológicos possuem conteúdo variado, servindo, em alguns casos, como atestados de veracidade de outras provas, como a palavra da vítima e testemunhos sobre sua mudança comportamental.
3. A síntese dos resultados obtidos reflete as dificuldades probatórias dos crimes contra a dignidade sexual, pois “as demais provas” valoradas consistem majoritariamente nos reforços à palavra da vítima e na palavra de terceiros que não presenciaram o fato. Ou seja, as “demais provas” não são diversas da palavra da vítima na medida em que correspondem à característica dessa palavra (=coerência), à motivação idônea da vítima (=sem motivos para prejudicar a pessoa acusada), e, no que tange à palavra de terceiros, a testemunhas de ouvir dizer, cujo relato reproduz a versão contada pela vítima e é usado para corroborar essa versão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gabriela Perissinoto de. Depoimento da vítima como vértice das provas nos crimes de estupro: o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem cumprido esse normativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 165, p. 97-218, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A utilização da hearsay witness na Corte Penal Internacional: Estudo sobre sua admissibilidade e valoração. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n. 4, p. 177-188, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PARENTE, Daniella Coelho. Inquirição judicial de crianças: pontos e contrapontos. *Psicologia & Sociedade*, v. 24, p. 178-186, 2012. <https://doi.org/10.1590/s0102-71822012000100020>

CAMARGO, Beatriz Corrêa; RENZIKOWSKI, Joachim. The Concept of an “Act of a Sexual Nature” in Criminal Law. *German Law Journal*, v. 22, n. 5, 753-768, 2021. <https://doi.org/10.1017/glj.2021.37>

GONZÁLEZ MONJE, Alicia. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1627-1660, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.377>

LEITE, Mariana Silva; LIMA, Marília Freitas; CAMARGO, Beatriz Corrêa. Coerção e consentimento no crime de estupro: a valoração dos atos sexuais em um campo de disputas. *Caderno Espaço Feminino*, Uberlândia, v. 33, n. 1, p. 198-216, 2020. <https://doi.org/10.14393/CEF-v33n1-2020-9>

MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Direito ao confronto e depoimento especial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 28, n. 171, p. 187-224, 2020.

MATIDA, Janaina Roland. A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito à presunção de inocência. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (org.). *Violência de gênero: temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 87-110.

MATIDA, Janaína. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. *Trincheira Democracia*, v. 2, n. 3, p. 7-9, 2019.

MYERS, John EB et al. Jurors' perceptions of hearsay in child sexual abuse cases. *Psychology, Public Policy, and Law*, v. 5, n. 2, p. 388-419, 1999. <https://doi.org/10.1037/1076-8971.5.2.388>

ODEBRALSKI, Nikolai. *Strafverteidigung in Sexualstrafverfahren: ein Praxishandbuch*. Berlin: Springer, 2020. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-61760-1>

PELISOLI, Cátula da Luz; DOBKE, Velela Maria; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Depoimento Especial: Para além do embate e pela proteção das crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. *Temas em psicologia*, v. 22, n. 1, p. 25-38., 2014. <https://doi.org/10.9788/tp2014.1-03>

ROCHA, Ronan. Especial valor probatório das declarações do ofendido. *JOTA*, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/especial-valor-probatorio-das-declaracoes-do-ofendido-01072020>. Acesso em 05 abr. 2023.

SOUZA, Hellen de; AYROSA, João P. B. Tabelas nº 01, 02 e 03. Aplicação da súmula 07/STJ, agrupamentos dos julgados e revisão, *Figshare*, 2023. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.24195300.v2>

SZESZ, André. O standard de prova para condenação por crimes sexuais: é viável e eficaz a flexibilização da exigência de corroboração probatória em crimes dessa espécie com o objetivo de redução da impunidade? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 8, n. 2, p. 1007-1041, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.705>

WILLE, Florian. *Aussage gegen Aussage in sexuellen Missbrauchsverfahren: Defizitäre Angeklagtenrechte in Deutschland und Österreich und deren Korrekturmöglichkeiten*. Heidelberg, Nova Iorque, Londres: Springer, 2012. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-27422-0>

Authorship information

Hellen Luana de Souza. Pós-graduanda (com bolsa integral) em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst.) (2023). Aluna especial da disciplina “O Fato Punível e as Novas Exigências”, oferecida pelo PPGD/UFBA no semestre letivo 2023.2. Graduada no curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (2022). Associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Integrante do Grupo de Estudos de Direito Penal Econômico (GEPDE - UFSC). Advogada. hellenluanas78@gmail.com

João Pedro Barione Ayrosa. Mestrando (LL.M) na Humboldt-Universität zu Berlin. Aluno especial da disciplina “O Fato Punível e as Novas Exigências”, oferecida pelo PPGD/UFBA no semestre letivo 2023.2. Graduado em Direito pelo Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro efetivo do G.TeD desde março de 2023. Ocupou a função de Editor de Artigos da Revista Criminalis em seu segundo volume. Advogado. joabayrosa@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Os autores agradecem a leitura crítica e as sugestões de complementação que este trabalho recebeu de Vítor Gabriel Carvalho e dos editores e avaliadores da Revista Brasileira de Direito Processual Penal.

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.

- *Hellen Luana de Souza:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *João Pedro Barione Ayrosa:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 22/04/2023
- Desk review and plagiarism check: 10/06/2023
- Review 1: 16/08/2023
- Review 2: 06/09/2023
- Preliminary editorial decision: 13/09/2023
- Correction round return 1: 23/09/2023
- Preliminary editorial decision 2: 25/09/2023
- Correction round return 2: 26/09/2023
- Final editorial decision: 02/10/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (MAV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SOUZA, Hellen S.; AYROSA, João Pedro B. O que existe além da palavra da vítima? A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a prova em crimes sexuais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1421-1450, set./dez., 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.852>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Processo penal
internacional e cooperação jurídica**

*International criminal procedure
and international legal cooperation*


La Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y su relación con la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales¹

The International Criminal Law Section of the African Court of Justice and Human and Peoples's Rights and its Relationship with the International Criminal Court and National Jurisdictions

Héctor Olasolo²

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia


hectorolasolo@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>

-
- ¹ El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593, y cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario). El artículo se encuentra también vinculado con el Proyecto de Investigación «Criminalidad Organizada Transnacional y Empresas Multinacionales ante las vulneraciones de los Derechos Humanos» PID2020-117403RB-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España, con Vigencia: 1-09-2021 // 31-08-2024, y cuya investigadora principal es la profesora Laura Zúñiga Rodríguez (Universidad de Salamanca, España).
- ² Licenciado en Derecho y Teología por las Universidades de Salamanca (España) y Santo Tomás (Colombia). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. El Prof. Héctor Olasolo se desempeña actualmente como Profesor Titular de Carrera en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), Presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) y Senior Lecturer de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos).

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia

federico.freydell@urosario.edu.co

 <http://orcid.org/0000-0002-9800-8566>

RESUMEN: Las tensiones que ocurrieron en la década de 2010 entre varios gobiernos africanos y la Corte Penal Internacional llevaron a la creación del Protocolo de Malabo, una entidad internacional propia a la Unión Africana. El presente artículo busca analizar los elementos procesales observados en el Protocolo de Malabo, cómo se parecen o se diferencian a previas entidades internacionales de Derecho Internacional Penal, y que elementos se pueden resaltar con relación a sus vínculos con la Corte Penal Internacional, las entidades nacionales, y la posibilidad de cooperar con estos para reducir la “brecha de impunidad”. Un análisis cuantitativo-interpretativo de las diferentes normas que constituyen el Protocolo permite llegar a la conclusión que esta entidad tiene poderes mucho más limitados que los prometidos por sus naciones ponentes, y que precisaría de un amplio régimen de cooperación con la Corte Penal Internacional, régimen que no existe y no es parte de la *raison d’être* de la entidad, para evitar el crecimiento de la impunidad.

PALABRAS-CLAVE: Protocolo de Malabo; anticolonialismo; cooperación judicial internacional; criminalidad transnacional organizada.

ABSTRACT: *Tensions between various African governments and the International Criminal Court led, in the 2010s, to the drafting of the Malabo Protocol, an international entity that would replace it and belong to the African Union. This article seeks to analyze the observed procedural elements of International Criminal Law present in this Protocol. It also seeks to clear out which elements of international cooperation – both with the International Criminal Court and with national governments – exist, in order to reduce the impunity gap in situations of grave international and transnational crimes. A quantitative-interpretative analysis of the different norms that constitute*

³ Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Internacional de la misma Universidad y estudiante de maestría de la misma Universidad.

the Protocol lead to an inevitable assessment: the Protocol has very limited Powers regarding cooperation and independent investigation, and requires an ample cooperations regime with the ICC and national jurisdictions to work. Unfortunately, said regime does not exist and goes against the very raison d'être of the proposed tribunal.

KEYWORDS: Malabo Protocol; anticolonialism; international legal cooperation; transnational organized crime.

CONTENIDO: Introducción; 1. Las tensiones entre la Unión Africana y la Corte Penal Internacional que llevaron a la aprobación del Protocolo de Malabo; 2. Primera aproximación al Protocolo de Malabo; 3. La relación de la Sección Especializada con la 4. CPI; La relación de la Sección Especializada con las jurisdicciones nacionales; 5. Cooperación internacional; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN⁴

A pesar del entusiasmo inicial de los Estados africanos, la CPI ha perdido parte del atractivo inicial que la caracterizaba en la opinión de los Estados africanos⁵. El paulatino declive del apoyo a la CPI, que comenzó con el inicio del caso contra el entonces Jefe de Estado de Sudán, Omar al Bashir, se acentuó especialmente en el periodo entre octubre de 2016 (fecha de presentación de la denuncia del Estatuto de la CPI (ECPI) por Burundi y Sudáfrica) y marzo de 2017 (fecha de retirada

⁴ Tabla de abreviaturas: 1. Corte Penal Internacional: CPI. 2. Estatuto de la Corte Penal Internacional: ECPI. 3. Derecho Internacional Penal: DIP. 4. Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos: CAJDH. 5. Tribunal de Justicia del Oriente Africano: EACJ. 6. Comunidad Económica de África Occidental: ECOWAS. 7. Comunidad para el Desarrollo de África Austral: SADC. 8. Unión Africana: UA. 9. Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas: CSNU. 10. Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: CADHP. 11. Corte Penal Latinoamericana y del Caribe Contra el Crimen Transnacional Organizado: COPLA. 12. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: TPIY. 13. Tribunal Penal Internacional para Ruanda: TPIR.

⁵ GARCIA IOMMI, Lucrecia. Whose justice? The ICC 'Africa problem'. *International Relations*, Fairfield, 34(1), 2019. Pp. 105-129.

por Sudáfrica de su denuncia al ECPI). Como sustituto, la comunidad africana sugirió durante años la creación de una Sección Especializada en Derecho Internacional Penal (DIP) como parte de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (CAJDH), esfuerzo que tomó forma con la aprobación del Protocolo de Malabo en 2014⁶.

Se podría pensar que la consecuencia de la tensión entre los países africanos y la CPI sería abandonar las instancias judiciales internacionales (ya fueran de tipo universal o regional) y retornar a una especie de nacionalismo jurídico⁷. Sin embargo, en las primeras dos décadas del siglo XXI se han creado varios mecanismos jurisdiccionales internacionales de ámbito regional en el continente africano⁸, incluyendo, entre otros, el Tribunal de Justicia del Oriente Africano (EACJ), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de África Occidental (ECOWAS), el Tribunal de la Comunidad para el Desarrollo del África Austral (SADC) y la CAJDH⁹.

Para quienes apoyan este tipo de jurisdicciones regionales, su desarrollo constituye una manifestación del concepto de “cascada de la justicia”¹⁰, que busca reducir la impunidad y sus efectos sobre la política internacional mediante el establecimiento de distintos organismos internacionales a diversos niveles (universal, regional o incluso en el ámbito

⁶ ABASS, Ademola. Historical and Political Background to the Malabo Protocol. WERLE, Gerhard & VORMBAUM, Moritz. (Eds.). *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. International Criminal Justice Series 10. La Haya: Asser Press. 2017.

⁷ Actos similares han llevado a surgimientos de tendencias anti-internacionales en otros países: ver, e.g., el retiro de Colombia de la jurisdicción de la CIJ luego del fallo del caso Nicaragua v. Colombia 2.

⁸ ALTER, Karen. The Multiplication of International Courts and Tribunals After the End of the Cold War. ROMANO, Cesare, et. al. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press. 2013. Pp. 63-71.

⁹ THUO GATHI, James. *The Performance of Africa's International Courts: Using Litigation for Political, Legal, and Social Change*. Oxford: Oxford University Press, 2020

¹⁰ SIRLEAF, Matingai. The African Justice Cascade and the Malabo Protocol. *International Law Journal of Transitional Law*, Pittsburgh, 11, Mar 2017

nacional) para investigar y sancionar a quienes, de lo contrario, quedarían impunes debido a las limitaciones de las jurisdicciones nacionales¹¹.

Además, mientras en el período 2008 a 2012 la intervención de estos tribunales fue limitada (a pesar de lo cual algunas de sus decisiones fueron controvertidas y contribuyeron, por ejemplo, a la disolución de la SADC), en el periodo inmediatamente posterior, entre 2012 y 2021, se han fortalecido notablemente, incluso en contra de la voluntad de ciertos Estados (todo ello al mismo tiempo que la Unión Africana (UA) entraba en conflicto abierto con la CPI).

Es en este contexto en el que se aprobó en 2014 el Protocolo de Malabo, según el cual, la CAJDH seguirá siendo la máxima entidad del Sistema Africano de Derechos Humanos. Además, junto a sus funciones con respecto a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y violaciones de la CADHP, su nueva Sección Especializada en DIP tendrá competencia, de forma permanente, en materia de responsabilidad internacional individual. Esto marca una diferencia importante con los demás sistemas regionales de derechos humanos (que solo conocen de la responsabilidad estatal por violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos), y con todos aquellos mecanismos de aplicación del DIP que, a excepción de la CPI, tienen una naturaleza temporal y una jurisdicción limitada a un cierto ámbito espacio-temporal.

De esta manera, con la creación de la Sección Especializada no se busca actuar en relación con una determinada situación, sino “maximizar la capacidad jurisdiccional” de la CAJDH para investigar y enjuiciar los crímenes de su jurisdicción material cometidos en el territorio (art. 46E *bis* (2)(a) del Protocolo), por los nacionales (art. 46E *bis* (2)(b)) o contra los nacionales (art. 46E *bis* (2)(c)) de los Estados africanos que son parte del Protocolo de Malabo¹².

Sin embargo, no es menos cierto que el establecimiento de la Sección Especializada responde también a la voluntad política de los

¹¹ SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. 1. ed. Minneapolis: WW Norton & Company. 2011.

¹² NIMIGAN, Sarah. The Malabo Protocol, the ICC, and the Idea of ‘Regional Complementarity’. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, 17, 5, Dec. 2019. Pp. 1005-1029.

Estados africanos de reducir el margen de actuación de la CPI en África (si no reemplazarla completamente), a través de eliminar la necesidad de que la CPI actúe en aplicación del principio de complementariedad. Además, como Knottnerus & de Valder¹³ han señalado, esto no significa necesariamente que no pueda existir un espacio de cooperación entre la Sección Especializada y la CPI, porque la discrecionalidad con la que cuentan sus respectivas Fiscalías deja en última instancia en sus manos la posibilidad de desarrollar el mismo.

A la luz de lo anterior, la investigación recogida en el presente artículo busca responder a la pregunta de investigación relativa a cuáles son las fortalezas y las debilidades de la Sección Especializada de la CAJDH en relación con otros mecanismos de aplicación del DIP, poniendo particular atención en la regulación de su relación con la CPI y con las jurisdicciones nacionales de los Estados parte del Protocolo de Malabo, así como en su régimen de cooperación internacional. Debido a que todavía no ha entrado aún en vigor, la metodología utilizada se centra en la revisión de su regulación y de la literatura académica publicada en la materia.

En cuanto a la estructura del artículo, esta comienza con un breve análisis de las tensiones entre la UA y la CPI que llevaron a la aprobación del Protocolo de Malabo (sección 1). A continuación, se presentan las características centrales del Protocolo (sección 2), para luego abordar la regulación de la relación entre la Sección Especializada y la CPI por un lado (sección 3), y las jurisdicciones nacionales de los Estados parte del Protocolo por otro (sección 4). Posteriormente, se analizan los principales elementos del régimen de cooperación internacional de estos últimos con la Sección Especializada (sección 5). El capítulo finaliza con las principales conclusiones alcanzadas en relación con la pregunta de investigación sobre las fortalezas y debilidades de este nuevo mecanismo de aplicación del DIP..

¹³ KNOTTNERUS, Abel, & DE VOLDER, Eefje. *International Criminal Justice and the Early Formation of an African Criminal Court*. CLARKE, Kamari, KNOTTNERUS, Abel y DE VOLDER, Eefje. *Africa and the ICC: Perceptions of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. 2016.

1. LAS TENSIONES ENTRE LA UNIÓN AFRICANA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL QUE LLEVARON A LA APROBACIÓN DEL PROTOCOLO DE MALABO

A finales de los años 1990, la jurisdicción belga comenzó a utilizar del principio de jurisdicción universal con respecto a crímenes internacionales cometidos en el territorio de sus antiguas colonias africanas. Esto provocó un conflicto entre la comunidad de estados africana y Bélgica sobre la aplicación del principio de jurisdicción universal, que solo finalizó cuando Bélgica cambió en 2003 su regulación sobre el alcance de este principio tras la presión estadounidense. De esta manera, la UA, incluso con anterioridad a la propia entrada en vigor del CPI, había sido enfática en afirmar que el principio de jurisdicción universal debía tener un alcance limitado, al ser una herramienta propensa a abusos que traía pocos beneficios a la justicia internacional. Ya desde entonces se podía prever que las relaciones entre la UA y la CPI iban a empeorar, debido a la reticencia africana a permitir la intervención de terceros Estados en nombre del Derecho internacional, y su tendencia a considerar las investigaciones y enjuiciamientos de líderes políticos como un abuso de la justicia internacional penal en general, y del principio de jurisdicción universal en particular¹⁴.

En este contexto, las relaciones entre la UA y la CPI se vieron seriamente afectadas a raíz de las órdenes de detención emitidas en 2008 y 2010 por la CPI contra el presidente del Sudán, Omar Al-Bashir, en el marco de la investigación de la situación en Darfur (remitida por el CSNU a la Fiscalía de la CPI mediante la Resolución 1593 de 2005). Si bien, dicha remisión no provocó inicialmente un gran debate jurídico-político, ante el entendimiento por el gobierno sudanés y la UA que la CPI no investigaría a altos representantes estatales, sino solo a mandos medios, la formulación de cargos contra Ahmad Harun (viceministro de interior de Sudán) y Ali Kushayb (líder de las milicias Janjawed) hizo que Sudán abandonase toda cooperación con la CPI¹⁵, y la posterior emisión de la orden de arresto

¹⁴ GARROD, Matthew. The Protective Principle of Jurisdiction over War Crimes and the Hollow Concept of Universality. *International Criminal Law Review*, 12(5), 2012, 763-826

¹⁵ . MILLS, Kurt. "Bashir is Dividing Us": Africa and the International Criminal Court. *Human Rights Quarterly*. Baltimore. 34(2). 2012. Pp. 404-447

contra Al-Bashir el 4 de marzo de 2009 provocó su rechazo frontal por la UA¹⁶ y la recomendación oficial por su Asamblea, mediante la Decisión 245(XIII), que se atribuyese a la CAJDH jurisdicción para investigar y juzgar a individuos por crímenes internacionales.

La oposición de la UA al caso Al-Bashir continuó y se intensificó con el paso del tiempo. Así, en la decisión 296 (2010), la Asamblea de la UA solicitó al CSNU el aplazamiento por un año de este proceso y rechazó la oferta de la CPI de establecer una oficina en Addis Abeba. La situación se agravó a raíz del caso Gadaffi, tras la Resolución 1970 del CSNU (2011) que remitió la situación en Libia a la CPI. Esto llevó a que, al año siguiente, la Asamblea de la UA, mediante su decisión 397 (2012), recomendara a los países africanos concluir pactos bilaterales entre Estados para no entregar a los jefes de Estado buscados por organismos internacionales como la CPI, cuando estuvieran de visita oficial en su territorio¹⁷.

La difícil relación entre la CPI y la UA empeoró todavía más cuando, tras la decisión de la CPI en 2012 de confirmar los cargos contra Uhuru Kenyatta, William Ruto y Joshua Sang en relación con la situación en Kenia, al año siguiente Kenyatta y Ruto fueron, respectivamente, elegidos presidente y vicepresidente de Kenia. Si bien ambos comparecieron ante la CPI en La Haya para presentar su versión sobre los hechos imputados, tras ser elegidos, el gobierno keniano dejó de apoyar el procedimiento, y comenzó a presentar quejas en relación con su desarrollo¹⁸.

En 2014, la UA reafirmó la posición que había adoptado frente al caso Al-Bashir, (Decisión del Consejo Ejecutivo EX.CL/639 (XVIII)). De esta manera, la Asamblea de la UA solicitó oficialmente la atribución de jurisdicción a la CAJDH sobre la responsabilidad internacional individual (Decisión 366). Además, la cooperación condicionada y limitada que había caracterizado las investigaciones previas se convirtió en un rechazo

¹⁶ BOWER, Anthony. Contesting the International Criminal Court: Bashir, Kenyatta, and the Status of the Nonimpunity Norm in World Politics. *Journal of Global Security Studies*, 4(1), enero de 2019. Pp. 88-104.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ GOBIERNO DE KENIA. Government of Kenya's Submissions on the Status of Cooperation with the International Criminal Court, or, in the alternative, Application for Leave to file Observations pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence. 8 de abril de 2013.

a cualquier forma de colaboración con la CPI, cuando Yibuti, Kenia, Chad y Malawi rechazaron arrestar a Al-Bashir mientras se encontraba en sus respectivos territorios, argumentando que la excepción al principio de inmunidad de los Jefes de Estado, prevista en el artículo 27 del ECPI, no era aplicable a quienes tenían esta condición de Estados no parte del ECPI¹⁹.

Como resultado, y tras la decisión de la Asamblea de la UA de reformar la CAJDH con el fin de otorgarle jurisdicción sobre la responsabilidad internacional de las personas naturales, el 27 de junio de 2014 se adoptó en la Vigésimotercera Sesión Ordinaria de la Asamblea (Decisión 529 (XXIII)) el Protocolo sobre Enmiendas al Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (“Protocolo de Malabo”).

2. PRIMERA APROXIMACIÓN AL PROTOCOLO DE MALABO

El Protocolo de Malabo establece en la CAJDH una nueva Sección Especializada, de carácter permanente, en materia de DIP, a la que atribuye jurisdicción frente a la responsabilidad internacional individual. Con ello se extiende la jurisdicción de la CAJDH más allá de la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y las violaciones a la Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Este triple ámbito jurisdiccional hace que la CAJDH se distinga del resto de los sistemas regionales de derechos humanos (que solo conocen de la responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos), y de todos aquellos mecanismos de aplicación del DIP que, a excepción de la CPI, tienen una naturaleza temporal y una jurisdicción limitada a un cierto ámbito espacio-temporal.

La jurisdicción material de la Sección Especializada se extiende, a su vez, más allá de los crímenes internacionales centrales recogidos en los arts. 28B (genocidio), 28C (crímenes de lesa humanidad), 28D (crímenes de guerra) y 28M (agresión) del Protocolo de Malabo, para incluir también los delitos de cambio inconstitucional de gobierno,

¹⁹ TLADI, Dire. The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98. *Journal of International Criminal Justice*. 11(1). Mar. 2013. Pp. 199-221.

piratería, terrorismo, mercenarismo, corrupción, lavado de activos, tráfico de personas, narcotráfico, tráfico de residuos peligrosos, y explotación ilícita de recursos naturales.

De esta manera, se atribuye a la Sección Especializada jurisdicción material tanto sobre los crímenes internacionales recogidos en el art. 6 del ECPI, como sobre los delitos transnacionales previstos en el art. 5 de la propuesta de Estatuto para la creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado (COPLA)²⁰.

Además, a diferencia del ECPI y del proyecto de Estatuto de la COPLA, el art. 46C del Protocolo de Malabo recoge el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, debido su relevancia en los crímenes internacionales y en los delitos transnacionales (especialmente en la corrupción transnacional).

Así mismo, a diferencia del ECPI y del proyecto de Estatuto de la COPLA, el art. 46A *bis* del Protocolo de Malabo recoge una “cláusula de inmunidades”, según la cual no es posible iniciar o continuar un procedimiento ante la Sección Especializada si, durante su tiempo en el cargo, la persona procesada es un Jefe de Estado o de Gobierno de la UA (o cualquiera actuando, o con el derecho a actuar, en tal capacidad) u otro funcionario estatal de alto rango de acuerdo a sus funciones.

Esta aproximación es contraria al DIP porque, como la CPI ha afirmado en sus decisiones sobre el incumplimiento de Malawi y Chad con sus solicitudes de cooperación para capturar a Al-Bashir (ex presidente de Sudán) y entregarlo a la CPI, el DIP ha rechazado históricamente la inmunidad de los más altos representantes del Estado ante los tribunales penales internacionales²¹; algo que ya había señalado previamente la Corte

²⁰ El art. 5 del proyecto de Estatuto de la COPLA reconoce ocho delitos sobre los cuales tendría jurisdicción material: tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, fabricación y/o tráfico ilícito de armas de fuego, sus componentes, piezas y municiones, trata de personas, tráfico y prostitución de niños y niñas, tráfico ilícito de migrantes, tráfico de bienes culturales, lavado de activos y soborno transnacional.

²¹ OYUGI, Phoebe. *Head of state immunity under the Rome statute of the International Criminal Court: an analysis of the contemporary legal issues and the African Union's response to the prosecution of African heads of state*. Grahamstown: Rhodes University; Human Rights Watch (2014), Statement Regarding Immunity for Sitting Officials Before the Expanded African Court of Justice and

Internacional de Justicia en el caso Yerodia²². En todo caso, la relevancia de esta cláusula es tal que algunos autores han llegado a calificar a la Sección Especializada como una “Corte protesta”, cuyo objetivo principal no es la expansión del DIP, sino, por el contrario, dificultar las investigaciones contra jefes de Estado y de Gobierno en África²³.

3. LA RELACIÓN DE LA SECCIÓN ESPECIALIZADA CON LA CPI

La Sección Especializada puede haber sido inicialmente creada para reemplazar la CPI en relación con los crímenes internacionales cometidos en África, pero cualquier análisis realista entiende que este no será el caso. En consecuencia, será necesario que se desarrolle un sistema de cooperación entre ambas jurisdicciones internacionales penales. Esta relación es, por ahora, meramente hipotética, ya que ni el ECPI, ni el Protocolo de Malabo, mencionan la colaboración con otros tribunales internacionales²⁴.

A pesar de la imposibilidad de que la CPI pueda ser desmantelada unilateralmente por los países africanos, el anexo al Protocolo de Malabo indica como un deseo y objetivo de la nueva Sección Especializada que los individuos africanos sólo estén sujetos a las “leyes africanas”²⁵. En esto se diferencia del otro proyecto de tribunal regional penal, la COPLA, que

Human Rights, accedido el 27 de septiembre de 2021; SSENYONJO, Manisuli. African States Failed Withdrawal from the Rome Statute of the International Criminal Court: From Withdrawal Notifications to Constructive Engagement. *International Criminal Law Review*. Leiden. 17(5). pP. 749-802.

²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Sentencia, Gilbert Guillaume, 14 febrero de 2002.

²³ *Supra* 18.

²⁴ DU PLESSIS, Max. Implications of the AU decision to give the African Court jurisdiction over international crimes. *Institute for Security Studies Paper* 235. 2012.

²⁵ VAN DER WILT, Harmen. Complementary Jurisdiction (Article 46H). WERLE, Gerhard & VORMBAUM, Moritz. (Eds.). *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. International Criminal Justice Series 10. La Haya: Asser Press. 2017.

establece en su proyecto de estatuto²⁶ un régimen de cooperación con otros tribunales penales internacionales, incluyendo a la CPI.

Debido a esta situación, y al controvertido proceso de creación del Protocolo de Malabo, algunos autores subrayan la posibilidad de que las actuaciones de la Sección Especializada entren en tensión con las desarrolladas por los tribunales penales internacionales, y en particular con las actuaciones de la CPI²⁷. Sin embargo, para autores como Nimigan²⁸, esto es poco probable porque, en su opinión, existen varias herramientas para asegurar la colaboración entre la Sección Especializada y la CPI, como la aprobación de enmiendas a sus respectivos estatutos con el fin de regular el ámbito y modalidades de colaboración entre ambas²⁹, o la utilización de los amplios márgenes de discrecionalidad que han sido atribuidos a sus respectivas fiscalías para seleccionar las situaciones y casos objeto de investigación y enjuiciamiento con el fin de evitar la superposición de sus actuaciones.

En cuanto al modelo concreto que puede regir las relaciones entre la Sección Especializada y la CPI, Van der Wilt³⁰ señala que se han propuesto dos alternativas principales. Por un lado, la sujeción jerárquica de Sección Especializada a la CPI, algo políticamente inviable, considerando que iría directamente en contravía de la razón principal por la que se creó el Protocolo de Malabo. Por otra lado, un modelo de “proactividad complementaria” en el que ambas entidades colaboren, aprovechando la discrecionalidad de sus Fiscalías en el desarrollo de sus actuaciones³¹, lo

²⁶ El art. 10(1) del Anteproyecto COPLA establece que ésta corte sólo tendrá competencia sobre asuntos que no estén siendo tratados por otro Tribunal internacional o regional.

²⁷ OMOROGBE, Eki Yemisi. The Crisis of International Criminal Law in Africa: A Regional Regime in Response? *Netherlands International Law Review*. Leiden. 66. Pp. 287-311. 2019.

²⁸ *Supra* 10.

²⁹ Una renegociación para acomodar ambos espacios se podría ver como más plausible hoy que en 2016, ya que, desde entonces, ha habido un reacercaamiento entre los Estados africanos y la CPI.

³⁰ *Supra* 24.

³¹ *Supra* 11.

que también es recomendado como criterio rector de la relación entre la CPI y otros tribunales penales internacionales e híbridos³².

Un tercer grupo de autores recomiendan un modelo mixto, al que denominan “complementariedad dual”³³ o “imbricación”³⁴. Según el mismo, la CPI intervendría con respecto a crímenes internacionales cometidos en África cuando la Sección Especializada, o bien no tenga jurisdicción territorial o temporal, o bien no esté actuando frente a los mismos. A este se uniría un sistema de colaboración horizontal consistente en la armonización, en la mayor medida posible, de sus normativas y la utilización de los mecanismos de cooperación ya existentes en el ECPI³⁵.

Finalmente, un cuarto grupo de autores consideran que las actuaciones de la CPI son compatibles con las de la Sección Especializada, y que, por tanto, no es necesario enmendar ni el Protocolo de Malabo ni el ECPI³⁶. Según estos autores, la CPI ha coexistido desde su creación con otros tribunales penales internacionales e híbridos, y esto no ha provocado ni su inoperancia ni grandes tensiones entre los mismo. En consecuencia, la Sección Especializada no supone algo materialmente nuevo para la CPI, y es perfectamente posible relacionarse con la misma con base en el principio de complementariedad recogido en el ECPI³⁷.

³² BURKE-WHITE, William., Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, Vol. 49, 53 et.sec. 2008.

³³ TSHITSHI NDOUBA, Kayamba. El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México. 20. Pp.459-491. 2019.

³⁴ *Supra* 8.

³⁵ EKORI, Aghem Hanson. The AU Debacle with the ICC: The Creation of the African Criminal Court. *International Journal of Law and Society*. 4(2). Pp. 67-76. 2021.

³⁶ MARTINI, Pauline. The International Criminal Court versus the African Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*. 18(5). Pp. 1185-1205. 2020.

³⁷ DE WET, Erika. *Introductory Remarks by Erika de Wet. Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 111, 107-108. doi:10.1017/amp.2017.85. 2017.

4. LA RELACIÓN DE LA SECCIÓN ESPECIALIZADA CON LAS JURISDICCIONES NACIONALES

El art. 46H del Protocolo de Malabo regula la relación entre la Sección Especializada y los Estados parte, utilizando para ello un texto casi idéntico al recogido en el art. 17(1)(a) del ECPI sobre “cuestiones de admisibilidad”. De esta manera, al igual que ocurre también con el proyecto de estatuto de la COPLA³⁸, se acoge un modelo de complementariedad conforme al cual la Sección Especializada solo ejercería su jurisdicción en aquellos supuestos puntuales en los que los Estados donde se cometen los crímenes, o de los que son nacionales sus máximos responsables, no actúan, o, a pesar de que lo hacen, no tienen la voluntad política o la capacidad para investigarlos, enjuiciarlos y, en su caso, sancionarlos³⁹. En consecuencia, a diferencia de los Tribunales Internacionales Penales para la ex Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), no se presume el “fracaso” de las jurisdicciones nacionales⁴⁰.

En principio, la única diferencia entre la redacción de los arts. 46H del Protocolo de Malabo y 17 (1)(a) del ECPI consiste en que en el primero se ha eliminado el adverbio “genuinamente”. Esto es fruto del debate suscitado en la doctrina sobre el significado de esta expresión a la hora de analizar la falta de voluntad o de capacidad de los Estados⁴¹, y sobre todo de su interpretación por algunos autores como añadiendo un criterio adicional conforme al cual la Fiscalía de la CPI no solo debe probar que los Estados son reacios a investigar, enjuiciar y/o sancionar, sino que adicionalmente debe demostrar que son “genuinamente” reacios a hacerlo, lo que reforzaría su *onus probandi*⁴².

³⁸ El anteproyecto también elimina, como se verá más adelante, la necesidad de que el Estado sea *genuinamente* incapaz o no tenga la voluntad de investigar. Además, en lugar de prever los criterios de inadmisibilidad como sucede en el art. 17 del ECPI, se opta por definir los supuestos de admisibilidad.

³⁹ *Supra* 35.

⁴⁰ BERNARD, Diane. NE bis in idem - protectors of defendants' rights or jurisdictional pointsman? *Journal of International Criminal Justice*. 9(4). Pp. 863-880. 2011.

⁴¹ KLEFFNER, Jann. *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*. Oxford University Press, Oxford. 2008.

⁴² *Supra* 24.

Sin embargo, debido al amplio margen de discrecionalidad que los arts. 46 H del Protocolo de Malabo y 17 (1)(a) del ECPI atribuyen respectivamente a la Sección Especializada y a la CPI, es probable que la primera se separe de los criterios acogidos para su aplicación por la jurisprudencia de esta última. Según Samaradiwakera-Wijesundara⁴³, esto podría eventualmente generar altas tasas de impunidad en las situaciones ante la Sala Especializada, dada la perspectiva que sobre el principio de complementariedad se venido favoreciendo desde la UA, con el fin de que las actuaciones penales internacionales se ajusten a realidad política de los Estados y busquen favorecer las negociaciones de paz⁴⁴.

5. COOPERACIÓN INTERNACIONAL

El Protocolo de Malabo no regula en detalle las medidas de colaboración internacional entre la Sección Especializada y los Estados parte, incluyendo cuestiones tan relevantes como los aspectos procedimentales de la ejecución por estos últimos de las solicitudes de cooperación de la primera (incluyendo las relativas a la detención y entrega de las personas imputadas), o el sistema de consultas entre los Estados parte y la Sección Especializada para superar los obstáculos que se puedan presentar⁴⁵.

Así mismo, el Protocolo de Malabo tampoco regula la naturaleza y alcance de las obligaciones de cooperación de los Estados miembros de la UA que no son parte del Protocolo. En consecuencia, como señalan

⁴³ SAMARADIWAKERA-WIJESUNDARA, Charmika. Complementarity and Criminal Liability of Companies in Africa: Missing the Mark? LUBAALE, Emma Charlene y DYANI-MHANGO, Ntombizozuko. *National Accountability for International Crimes in Africa*. Cham: Palgrave-Macmillan. 2022.

⁴⁴ MAPHOSA, Emmanuel. The African Approach to the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: A Potential Gem or Germ? *South African Yearbook of International Law*. 45. Pp. 1-27. 2020.

⁴⁵ LUNGU, Suzgo. Appraising the Regime of Cooperation Under the Malabo Protocol. In: LUBAALE, Emma Charlene, DYANI-MHANGO, Ntombizozuko. (Eds). *National Accountability for International Crimes in Africa*. Cham: Palgrave Macmillan. 2022.

Sluiter⁴⁶ y Lungu⁴⁷, los redactores del Protocolo pusieron un mayor énfasis en garantizar la soberanía estatal y los derechos de la defensa, dejando en un segundo plano las herramientas necesarias para promover una aplicación más eficaz del DIP.

A pesar de lo anterior, la Sección Especializada podría beneficiarse en su funcionamiento de la regulación general relativa a dos de las principales entidades de la UA: (a) el Consejo de Paz y Seguridad, establecido por el Protocolo de Durban (2002), y que recuerda en su mandato al del CSNU pero en el ámbito regional africano; y (b) el Consejo Ejecutivo de la UA, el cual, en cuanto que entidad a cargo de las cuestiones relativas a la cooperación entre la UA y sus Estados parte, podría mediar entre la Sección Especializada y los Estados parte del Protocolo de Malabo, así como en relación con otras entidades que puedan colaborar en sus actuaciones⁴⁸.

Además, la Sección Especializada se podría también beneficiar de la colaboración con otras secciones de la CAJDH, especialmente con la sección de Derechos Humanos, dado que ambas secciones deben reformarse significativamente para poder tener un cierto grado de eficacia y evitar una crisis de legitimidad de la CADJH⁴⁹. A esto hay que unir los vínculos que la Sección Especializada pueda desarrollar con la Comisión Africana de Derechos Humanos con el fin de aprovechar sus capacidades investigativas para limitar sus problemas logísticos, lo que, según Manirakiza⁵⁰, podría eventualmente traducirse en que la Comisión pueda desarrollar un rol de acompañamiento de la Fiscalía de dicha Sección.

⁴⁶ SLUITER, Göran. Enforcing Cooperation. *Journal of International Criminal Justice*. 16(2). Pp. 383-402. 2018

⁴⁷ MASUMBE, Peter Sakwe. The African Union's Malabo Protocol Strengths And Weaknesses, And The Growth Or Decline Of Democracy - Security And Human Development In Africa: An Appraisal. *Public Policy and International Affair Academic Journal*. 2(4). Pp. 1-33. 2020; *Supra* 44.

⁴⁸ *Supra* 44.

⁴⁹ FAIX, Martin & JAMALI, Ayyoub. Is the African Court on Human and People's Rights in an Existential Crisis? *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Leiden. 40(1). Pp. 56-74. 2022.

⁵⁰ MANIRAKIZA, Pacifique (2019). Complementarity Between the International Criminal Law Section and Human Rights Mechanisms in Africa. JALLOH, Charles Charnor, et. al. (Eds.). *The African Court of Justice and Human and*

CONCLUSIONES

Como se señalaba en la introducción, la investigación desarrollada busca responder a la pregunta sobre las fortalezas y las debilidades de la Sección Especializada de la CAJDH en relación con otros mecanismos de aplicación del DIP, haciendo, para ello, especial énfasis en la regulación de su relación con la CPI y con las jurisdicciones nacionales de los Estados parte del Protocolo de Malabo, así como en su régimen de cooperación internacional.

Con base en las secciones anteriores, podemos concluir a este respecto que el Protocolo, el cual es fruto del desencanto de los países africanos con la CPI y el CSNU⁵¹, presenta ciertas fortalezas frente a otros mecanismos de aplicación del DIP, que son particularmente evidentes cuando se analizan desde la perspectiva de la “cascada de la justicia”⁵², o de los “círculos concéntricos”⁵³, para reducir la impunidad a nivel global.

Entre ellas, destaca el hecho de constituir la primera manifestación de un nivel adicional de aplicación del DIP, como es el de los tribunales penales internacionales de ámbito regional, que, al no utilizar criterios definidos por una vocación de universalidad, puede evitar algunas de las fricciones causadas por estos últimos⁵⁴. Esta perspectiva regional puede, a su vez, favorecer el acercamiento entre los Estados y la sociedad civil para el desarrollo de acuerdos de paz y sistemas de justicia transicional⁵⁵. Así

Peoples' Rights in Context: Development and Challenges. Cambridge: Cambridge University Press. 2019

⁵¹ SARKIN, Jeremy, “Understanding South Africa’s Changing Positions on International Criminal Justice: Why the country wanted to withdraw from the International Criminal Court (ICC) and why it may remain in the ICC for the time being?”. *Cadernos de Estudos Africanos* [Online], 40. 2020

⁵² *Supra* 9.

⁵³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Salle*. 2. Pp. 117-137. 2004; ACOSTA-ESTÉVEZ, José. Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos. *Anuario Español de Derecho Internacional*. 11. Pp. 3-22. 1995.

⁵⁴ ROSS, Amy; SRIRAM, Chandra Lekha. Closing Impunity Gaps: Regional Transitional Justice Processes? *Transitional Justice Review*. 1(1). Ene. 2013.

⁵⁵ MYSTRIS, Olga. *Reimagining Criminal Justice Through the Lens of the African Union*. Londres: Queen Mary University of London. 2019.

mismo, la extensión de la jurisdicción material de la Sección Especializada a los crímenes transnacionales favorece que pueda desarrollar sus investigaciones y enjuiciamientos en situaciones que todavía no han derivado en crímenes atroces⁵⁶.

Sin embargo, al mismo tiempo, la Sección Especializada ofrece notables debilidades. En primer lugar, a pesar de no estar tan sujeta al control estatal como los tribunales nacionales, el grado de influencia que tendrían ciertos Estados sobre la misma es mucho mayor al que pueden tener los Estados parte del ECPI sobre la CPI. En este sentido, la UA ha sido criticada por su silencio frente a graves crisis en las que se han producido graves infracciones a los derechos humanos a gran escala, como ha ocurrido, por ejemplo, en la región de Tigray⁵⁷. Además, es fácil comprender que esta situación puede extenderse a las distintas secciones de la CAJDH porque los mismos Estados que financian la UA financian la CAJDH⁵⁸. En consecuencia, no está claro que la Sección Especializada vaya a tener la capacidad de llevar a cabo sus actuaciones frente a aquellos altos funcionarios estatales de los que depende, en última instancia, su financiación. De hecho, como se ha visto, si durante la redacción del Protocolo de Malabo la influencia de los Estados miembros de la UA ha provocado que se ponga mayor énfasis en proteger la soberanía nacional que en construir un sistema de aplicación efectivo del DIP, es poco probable que dicha influencia desaparezca una vez que entre en vigor⁵⁹.

En segundo lugar, el propio régimen jurídico de la CAJDH tampoco juega a favor de la eficacia de la Sala Especializada, puesto que no presenta claridad en cuanto a su composición y alcance. Así, se compone de una

⁵⁶ *Supra* 8.

⁵⁷ HAILU. *Ethiopia: Why hasn't the African Union intervened in Tigray?* Publicado en The Africa Report: <https://www.theafricareport.com/113662/ethiopia-why-hasnt-the-african-union-intervened-in-tigray/>. 2021.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, las críticas internacionales alrededor de la situación en Gran Bretaña e Irak

⁵⁹ WATKINS, John, & WEBER, John Paul. *War Crimes and War Crime Trials: From Leipzig to the ICC and Beyond. Carolina Academic Papers*. Durham. 2006; NEUNER, Matthias. *When Justice is Left to the Losers – The Leipzig War Crimes Trials*. BERGSMO, Morten, CHEAH, Wui Ling, y YI, Ping. (Eds.) *Historical Origins of International Criminal Law: Volume I*. FICHL Publication Series No. 20 (2014). Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher. 2014.

pluralidad de Protocolos, varios de los cuales no han entrado todavía en vigor, o presentan un número limitado de Estados parte, incluyendo el propio Protocolo de Malabo, que, tras casi una década desde su aprobación, no ha sido ratificado por ningún Estado parte⁶⁰, por lo que aún está lejos de alcanzar el número mínimo de quince ratificaciones para su entrada en vigor.

En tercer lugar, el Protocolo de Malabo genera varias inquietudes en relación a su aplicación práctica y a su viabilidad económica. Así, los procesos judiciales internacionales son caros y su tramitación es compleja, estimándose que un solo proceso puede llegar a costar hasta veinte millones de dólares; cantidad superior a la financiación de la UA para todo su aparato jurisdiccional⁶¹. De hecho, las autoridades de la UA estiman que la CAJDH costará unos 4 millones de dólares anuales. Sin embargo, esta estimación es muy problemática porque se ha realizado sin prever un incremento en el número actual de jueces de la CAJDH. Además, algunas de sus proyecciones son difíciles de comprender, como es el caso de prever que una sola persona podrá estar a cargo de todas las investigaciones de la Fiscalía (Unión Africana, EX.CL/773 (XXII)).

Otras estimaciones más realistas sugieren que el presupuesto necesario para que la Sección Especializada tenga la capacidad para hacer investigaciones básicas, contando con un personal de 370 individuos (un tercio del tamaño de la CPI), es de 48 millones de euros; algo que, considerando que es un valor mucho mayor al que la UA dedica actualmente a la CAJDH en su conjunto, parece ser difícilmente asumible por la UA (Ford, 2018). Además, no faltan quienes afirman que para garantizar un cierto nivel de eficacia en las actuaciones de la Sección Especializada se requerirían, al menos, cien millones de dólares anuales⁶².

⁶⁰ Benin, Chad, Comoros, Congo (Brazzaville), Guinea Ecuatorial, Ghana, Guinea-Bissau, Guinea, Kenia, Mozambique, Mauritania, Sierra Leona, São Tomé y Príncipe, Togo, y Uganda ya han firmado, pero no ratificado (Unión Africana, 2019). De estos 15 Estados, 5 firmaron el Protocolo en 2015; 4 en 2016; 1 en 2017; 3 en 2018; y 1 en 2019. Desde 2019 no ha habido ratificaciones, lo que muestra una terminación de la inercia del Protocolo.

⁶¹ DU PLESSIS, Max. Shambolic, shameful and symbolic: Implications of the African Union's Immunity for African Leaders, en *Institute for Security Studies, ISS Paper 278*. 2014.

⁶² NMEHIELLE, Vincent. 'Saddling' the New African Regional Human Rights Court with International Criminal Jurisdiction: Innovative, Obstructive,

Finalmente, la naturaleza regional de la Sección Especializada no la exime de estar expuesta a oposición (e incluso boicoteo) por Estados que no quieran colaborar con la misma. De hecho, la propia CAJDH sufre en la actualidad toda una serie de desacatos y falta de cooperación por varios Estados parte, incluyendo la denuncia, total o parcial, de la Carta de Uagadugú por Ruanda, Tanzania, Benín y Costa de Marfil, lo que, según algunos autores, ha generado una cierta “crisis existencial”⁶³. De ahí, que sea probable que las dificultades por las que actualmente atraviesa la CAJDH puedan empeorar con la entrada en vigor del Protocolo de Malabo.

A la luz de lo anterior, la comunidad académica es, en general, bastante crítica con el Protocolo de Malabo, llegando incluso a denominarlo como una “cáscara vacía” y un “tigre de papel”⁶⁴. Esto es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que todos estos análisis se están realizando desde antes de la entrada en vigor del Protocolo, y por lo tanto sin conocer como la Sección Especializada abordará el desarrollo de sus funciones⁶⁵. Sin embargo, a pesar de estas serias limitaciones, no faltan quienes consideran que las actuaciones de esta última pueden tener un efecto positivo en los países africanos, sobre todo, si, en lugar de tratar de reemplazar a la CPI, la Sección Especializada busca articularse con la CPI con base en el principio de complementariedad⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA

ABASS, Ademola. Historical and Political Background to the Malabo Protocol. In: WERLE, Gerhard & VORMBAUM, Moritz. (Eds.). *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. International Criminal Justice Series 10. La Haya: Asser Press. 2017.

Expedient?. *African Journal of Legal Studies*. 7(42). 2014.

⁶³ *Supra* 48.

⁶⁴ VANDEGINSTE, Stef. Decolonising human rights protection in Africa: impunity rhetorically repackaged? *African Policy Brief*. 35. Jun. 2021.

⁶⁵ ODINKALU, Chidi. Re-Examining Third World Approaches to Decolonizing International Law (TWAIL). *Fletcher Forum of World Affairs*. 46(1). 2022.

⁶⁶ *Supra* 34.

ACOSTA-ESTÉVEZ, José. Normas de ius cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, V. 11, P. 3-22. 1995.

ALTER, Karen. The Multiplication of International Courts and Tribunals After the End of the Cold War. In: ROMANO, Cesare, et. al. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press. 2013. Pp. 63-71.

BERGSMO, Morten, CHEAH, Wui Ling, y YI, Ping. (Eds.) Historical Origins of International Criminal Law: Volume I. *FICHL Publication Series* N. 20. Torkel Opsahl Academic EPublisher. 2014.

BERNARD, Diane. NE bis in idem - protectors of defendants' rights or jurisdictional pointsman? *Journal of International Criminal Justice*, N. 9, V. 4. P. 863-880. 2011.

BOWER, Anthony. Contesting the International Criminal Court: Bashir, Kenyatta, and the Status of the Nonimpunity Norm in World Politics. *Journal of Global Security Studies*, N. 4 V. 1, P. 88-104. 2019.

BURKE-WHITE, William., Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, V. 49, P. 53 et.sec. 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Sentencia, Gilbert Guillaume, 14 febrero de 2002.

DE WET, Erika. Introductory Remarks by Erika de Wet. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, V. 111, 107–108. doi:10.1017/amp.2017.85. 2017.

DU PLESSIS, Max. Implications of the AU decision to give the African Court jurisdiction over international crimes. *Institute for Security Studies Paper* 235. 2012.

DU PLESSIS, Max. Shambolic, shameful and symbolic: Implications of the African Union's Immunity for African Leaders, *Institute for Security Studies Paper* 278. 2014.

EKORI, Aghem Hanson. The AU Debacle with the ICC: The Creation of the African Criminal Court. *International Journal of Law and Society*, V. 4, N. 2, P. 67-76. 2021.

FAIX, Martin & JAMALI, Ayyoub. Is the African Court on Human and People's Rights in an Existential Crisis? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Leiden, V. 40, N.1, P. 56-74. 2022.

GARCIA IOMMI, Lucrecia. Whose justice? The ICC 'Africa problem'. *International Relations*, Fairfield, V. 34, N. 1, P. 105-129. 2019.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Relación entre la jurisdicción penal internacional y las jurisdicciones nacionales. *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Salle*, V. 2, P. 117-137. 2004.

GARROD, Matthew. The Protective Principle of Jurisdiction over War Crimes and the Hollow Concept of Universality. *International Criminal Law Review*, V. 12, N. 5, P. 763-826. 2012.

GOBIERNO DE KENIA. Government of Kenya's Submissions on the Status of Cooperation with the International Criminal Court, or, in the alternative, Application for Leave to file Observations pursuant to Rule 103(1) of the Rules of Procedure and Evidence. 8 de abril de 2013.

HAILU. Ethiopia: Why hasn't the African Union intervened in Tigray? *The Africa Report*: <https://www.theafricareport.com/113662/ethiopia-why-hasnt-the-african-union-intervened-in-tigray/>. 2021.

Human Rights Watch (2014), *Statement Regarding Immunity for Sitting Officials Before the Expanded African Court of Justice and Human Rights*, accedido el 27 de septiembre de 2021;

KLEFFNER, Jann. *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*. Oxford University Press, Oxford. 2008.

KNOTTNERUS, Abel, & DE VOLDER, Eefje. International Criminal Justice and the Early Formation of an African Criminal Court. In: CLARKE, Kamari, KNOTTNERUS, Abel y DE VOLDER, Eefje. *Africa and the ICC: Perceptions of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press. 2016.

LUNGU, Suzgo. Appraising the Regime of Cooperation Under the Malabo Protocol. In: LUBAALE, Emma Charlene, DYANI-MHANGO, Ntombizozuko. (Eds.). *National Accountability for International Crimes in Africa*. Cham: Palgrave Macmillan. 2022.

MANIRAKIZA, Pacifique (2019). Complementarity Between the International Criminal Law Section and Human Rights Mechanisms in Africa. In: JALLOH, Charles Charnor, et. al. (Eds.). *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press. 2019

MAPHOSA, Emmanuel. The African Approach to the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: A Potential Gem or Germ? *South African Yearbook of International Law*, V. 45, P. 1-27. 2020.

MARTINI, Pauline. The International Criminal Court versus the African Criminal Court. *Journal of International Criminal Justice*, V. 18, N. 5, P. 1185–1205. 2020.

MASUMBE, Peter Sakwe. The African Union's Malabo Protocol Strengths And Weaknesses, And The Growth Or Decline Of Democracy - Security And Human Development In Africa: An Appraisal. *Public Policy and International Affairs Academic Journal*, V. 2, N.4, P. 1–33. 2020.

MILLS, Kurt. "Bashir is Dividing Us": Africa and the International Criminal Court. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, V. 34, N.2. P. 404-447. 2012.

MYSTRIS, Olga. *Reimagining Criminal Justice Through the Lens of the African Union*. Londres: Queen Mary University of London. 2019.

NEUNER, Matthias. When Justice is Left to the Losers – The Leipzig War Crimes Trials. In: BERGSMO, Morten, CHEA Wui Ling, YI Ping. *Historical Origins of International Criminal Law: Volume I*. Bruselas: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

NIMIGAN, Sarah. The Malabo Protocol, the ICC, and the Idea of 'Regional Complementarity'. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford, V. 17, N. 5, P.1005-1029. 2019.

NMEHIELLE, Vincent. 'Saddling' the New African Regional Human Rights Court with International Criminal Jurisdiction: Innovative, Obstructive, Expedient?. *African Journal of Legal Studies*, V. 7, N. 42. 2014.

ODINKALU, Chidi. Re-Examining Third World Approaches to Decolonizing International Law (TWAİL). *Fletcher Forum of World Affairs*, V. 46, N.1. 2022.

OMOROGBE, Eki Yemisi. The Crisis of International Criminal Law in Africa: A Regional Regime in Response? *Netherlands International Law Review*, Leiden, V. 66, P. 287-311. 2019.

OYUGI, Phoebe. *Head of state immunity under the Rome statute of the International Criminal Court: an analysis of the contemporary legal issues and the African Union's response to the prosecution of African heads of state*. Grahamstown: Rhodes University;

ROSS, Amy; SRIRAM, Chandra Lekha. Closing Impunity Gaps: Regional Transitional Justice Processes? *Transitional Justice Review*, V. 1, N.1. 2013.

SAMARADIWAKERA-WIJESUNDARA, Charmika. Complementarity and Criminal Liability of Companies in Africa: Missing the Mark? In: LUBAALE, Emma Charlene y DYANI-MHANGO, Ntombizozuko. *National Accountability for International Crimes in Africa*. Cham: Palgrave-Macmillan. 2022.

SARKIN, Jeremy, "Understanding South Africa's Changing Positions on International Criminal Justice: Why the country wanted to withdraw from the International Criminal Court (ICC) and why it may remain in the ICC for the time being?". *Cadernos de Estudos Africanos*, V. 40. 2020.

SIKKINK, Kathryn. *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*. 1. ed. Minneapolis: WW Norton & Company. 2011.

SIRLEAF, Matiangai. *The African Justice Cascade and the Malabo Protocol*. *International Law Journal of Transitional Law*, Pittsburgh, 11, Mar 2017

SLUITER, Göran. Enforcing Cooperation. *Journal of International Criminal Justice*. V. 16, N. 2, P. 383-402. 2018

SSENYONJO, Manisuli. African States Failed Withdrawal from the Rome Statute of the International Criminal Court: From Withdrawal Notifications to Constructive Engagement. *International Criminal Law Review*, Leiden, V. 17, N.5, P. 749-802. 2017.

THUO GATHI, James. *The Performance of Africa's International Courts: Using Litigation for Political, Legal, and Social Change*. Oxford: Oxford University Press, 2020

TLADI, Dire. The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98. *Journal of International Criminal Justice*, V. 11, N. 1, P. 199-221. 2013.

TSHITSHINDOUBA, Kayamba. El andamiaje del regionalismo internacional penal africano: problemas y perspectivas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, V. 20, P. 459-491. 2019.

VAN DER WILT, Harmen. Complementary Jurisdiction (Article 46H). In: WERLE, Gerhard & VORMBAUM, Moritz. (Eds.). *The African Criminal Court: A Commentary on the Malabo Protocol*. *International Criminal Justice Series 10*. La Haya: Asser Press. 2017.

VANDEGINSTE, Stef. Decolonising human rights protection in Africa: impunity rhetorically repackaged? *African Policy Brief*, V. 35. 2021.

WATKINS, John, & WEBER, John Paul. War Crimes and War Crime Trials: From Leipzig to the ICC and Beyond. *Carolina Academic Papers*, Durham. 2006.

Autorship information

Héctor Olasolo. Licenciado en Derecho y Teología por las Universidades de Salamanca (España) y Santo Tomás (Colombia). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. El Prof. Héctor Olasolo se desempeña actualmente como Profesor Titular de Carrera en la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), Presidente del Instituto Iberoamericano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos) y Senior Lecturer de la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas (Países Bajos). hectorolasolo@gmail.com

Federico Freydel. Abogado de la Universidad del Rosario, con especialización en Derecho Internacional de la misma Universidad y estudiante de maestría de la misma Universidad. federico.freydell@urosario.edu.co

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593, y cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario). El artículo se encuentra también vinculado con el Proyecto de Investigación «Criminalidad Organizada Transnacional y Empresas Multinacionales ante las vulneraciones de los Derechos Humanos» PID2020-117403RB-100, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España, con Vigencia: 1-09-2021 // 31-08-2024, y cuya investigadora principal es la profesora Laura Zúñiga Rodríguez (Universidad de Salamanca, España).

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.

- *Héctor Olasolo:* conceptualization, methodology, investigation, writing-original draft, validation, writing-review and editing, final version approval.

- *Federico Freydel*: data curation, investigation, writing-original draft, writing-review and editing, final version approval.

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

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 26/04/2023
- Desk review and plagiarism check: 05/05/2023
- Transfer to V9N3: 18/06/2023
- Review 1: 10/08/2023
- Review 2: 10/08/2023
- Review 3: 11/08/2023
- Review 4: 25/08/2023
- Preliminary editorial decision: 06/09/2023
- Correction round return: 17/09/2023
- Final editorial decision: 21/09/2023

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 4

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

OLASOLO, Héctor; FREYDELL, Federico. La Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos y su relación con la Corte Penal Internacional y las jurisdicciones nacionales. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1453-1478, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.856>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.