

Ano 14 - Nº 1  
jan./jul. 2022  
Fortaleza-CE

# REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral  
ISSN Físico: 2527-0206  
ISSN Eletrônico: 2176-7939



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



**CEAF**  
CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 14, Nº1 (JAN./JUL. 2022) SEMESTRAL  
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206  
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB 3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 14, nº 1 (jan./jul. 2022) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE, 2022.

Semestral

ISSN 2527-0206 (Físico)

ISSN 2176-7939 (Eletrônico)

Disponível também em versão eletrônica:

<http://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC

**E-mail:** [revistaacademica.esmp@mpce.mp.br](mailto:revistaacademica.esmp@mpce.mp.br)

## EXPEDIENTE

### **Procurador-Geral de Justiça:**

Manuel Pinheiro Freitas

### **Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público:**

Enéas Romero de Vasconcelos

### **Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional:**

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

#### **Diretoria de Ensino**

Marcela Márjore Olímpio Pereira

#### **Editor-Chefe**

André Luís Tabosa de Oliveira

#### **Conselho Editorial**

Alexandre Pinto Moreira

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Eneas Romero de Vasconcelos

Flávia Soares Unneberg

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlasic Nicholas Cowdery

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Sílvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

#### **Corpo de pareceristas**

Alessander Wilckson Cabral Sales

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Cláudia dos Santos Costa

Douglas Fischer

Eneas Romero de Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Lincoln Simões Fontenele

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Manuel Lima Soares

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Jacqueline Faustino Alves do Nascimento

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nestor Alexandre de Souza Júnior

Nicholas Cowdery

Paulo Antonio Locatelli

Plácido Barroso Rios

Roberto Carlos Silva

Rafael Matos de Freitas Morais

Sheila Cavalcante Pitombeira

#### **Biblioteca**

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo CRB3 - 1162

#### **Projeto gráfico e diagramação**

Everton Viana - CE 01799 DG

#### **Revisão ortográfica em língua estrangeira**

Sonia Theophilo Rolim de Sousa

#### **Revisão ortográfica em língua portuguesa**

Volnei Oliveira Araújo

#### **Técnica Ministerial**

Kelviane Sombra Lima

#### **Diretoria Administrativo-Financeira**

Lise Alcântara Castelo

#### **Apoio técnico**

Richardson Macedo de Carvalho

#### **Periodicidade semestral**

#### **Resumo em português, inglês ou espanhol**

Rua Assunção 1.200, José Bonifácio, Fortaleza-CE - CEP: 60.050-011

**Fone:** (85) 3452.4521 / 3433.7713 / [www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)

**E-mail:** [revistaacademica.esmp@mpce.mp.br](mailto:revistaacademica.esmp@mpce.mp.br)

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO \_\_\_\_\_ 08

### ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

**A EVOLUÇÃO E O IMPACTO DAS GERAÇÕES PROBATÓRIAS NA PERSECUÇÃO PENAL SOB OS INFLUXOS DOS ATUAIS MECANISMOS TELEFÔNICOS**

*THE EVOLUTION AND THE IMPACT OF PROBATORY GENERATIONS ON CRIMINAL PERSECUTION UNDER THE INFLUENCES OF CURRENT TELEPHONE MECHANISMS*

*Francisco Robério Fernandes Júnior* \_\_\_\_\_ 11

**A RESPOSTA DE WIL WALUCHOW AO DESAFIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVISTA**  
*THE WIL WALUCHOW'S RESPONSE TO THE INTERPRETATIVE METHODOLOGICAL CHALLENGE*

*Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnio* \_\_\_\_\_ 31

**A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS NA EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/06) NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA**

*THE USE OF TECHNOLOGICAL INSTRUMENTS IN THE EFFECTIVENESS OF THE ENFORCEMENT OF THE MARIA DA PENHA LAW (LAW Nº 11.340/06) IN THE BRAZILIAN CONTEMPORANEITY*

*Daniel Chagas Torres*

*Renata David Nunes Rodrigues* \_\_\_\_\_ 49

**GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: LEGISLAÇÃO FEDERAL, DIAGNÓSTICO FRENTE AO CENÁRIO ATUAL E MECANISMOS DE ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO**

*THE MUNICIPAL MANAGEMENT OF SOLID WASTE: LEGISLATION, DIAGNOSIS OF PROBLEMS IN THE CURRENT SCENARIO AND THE MECHANISMS OF OPERATION OF THE PUBLIC ADMINISTRATOR*

*Alexander Mota Pinheiro* \_\_\_\_\_ 77

**OS LIMITES DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO**  
*THE LIMITS OF CONSENSUS JUSTICE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SYSTEM*

*André Dantas Oliveira*

*Felipe de Sousa Lima Feitosa* \_\_\_\_\_ 99

**PARTICIPAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

*PARTICIPATION OF THE MEMBER OF THE PROSECUTOR'S OFFICE IN THE HEARING OF APPROVAL OF AGREEMENT OF CRIMINAL NON-PROSECUTION*

## ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

### **BLOCKCHAIN LEGALIZATION: BASIC NOMOTECHNICAL FRAMEWORK AND OPEN QUESTIONS**

*LEGALIZAÇÃO DO BLOCKCHAIN (“CADEIA DE BLOCOS”): ESTRUTURA NOMOTÉCNICA BÁSICA E QUESTÕES EM ABERTO*

*Bruno Moslavac \_\_\_\_\_ 141*

### **INVESTIGATING AND PROSECUTING TRAFFICKING IN PERSONS CASES IN THE BAHAMAS AND UGANDA: A COMPARATIVE ANALYSIS**

*INVESTIGANDO E PROCESSANDO CASOS DE TRÁFICO DE PESSOAS NAS BAHAMAS E EM UGANDA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA*

*David Baxter M. Bakibinga \_\_\_\_\_ 155*

### **LA VOLUNTAD DE HANNAH ARENDT EN LA BANALIDAD DEL MAL: ¿PUEDEN LOS JUECES Y FISCALES DISTINGUIR LA MALDAD EN EL DELITO? ORIENTACIONES Y PERSPECTIVAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL**

*HANNAH ARENDT’S WILL ON THE BANALITY OF EVIL: CAN JUDGES AND PROSECUTORS DISTINGUISH WRONG FROM CRIME? ORIENTATIONS AND PERSPECTIVES OF THE PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW*

*Miguel Angel Villalobos Caballero \_\_\_\_\_ 187*

### **NEW LEGAL INSTITUTION IN THE HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM ENABLING THE RAPID PROSECUTION OF CRIMINALS**

*NOVO INSTITUTO LEGAL NO SISTEMA PROCESSUAL CRIMINAL HÚNGARO POSSIBILITANDO O RÁPIDO PROCESSO DE CRIMINOSOS*

*Belovics Ervin \_\_\_\_\_ 219*

## ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

### **A JURISDIÇÃO ESPECIAL PARA A PAZ NA COLÔMBIA: JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO *SUI GENERIS***

*THE SPECIAL JURISDICTION FOR PEACE IN COLOMBIA: SUI GENERIS TRANSITIONAL JUSTICE*

*Diego Fernando Tarapué Sandino \_\_\_\_\_ 235*

### **NEM SOLUÇÃO NEM DECISÃO: HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS**

*NO SOLUTION NOR DECISION: HEURISTICS AND COGNITION BIASES*

*Rejane Zenir Jungbluth Suxberger \_\_\_\_\_ 257*

## APRESENTAÇÃO

A Revista do Ministério Público do Estado do Ceará existe há mais de 20 (vinte) anos e é publicada atualmente em formato digital e impresso (<http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp/biblioteca/revista-eletronica/>) com distribuição para as principais bibliotecas do Brasil e do Mundo.

Desde a sua mudança metodológico no ano de 2017, na gestão do então Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Ceará, Manuel Pinheiro Freitas, a Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará passou a se submeter a critérios científicos rigorosos com avaliação em duplo cego e indexação nas principais bases de dados acadêmicas. A Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará vem evoluindo e ganhando espaço entre as revistas acadêmicas e de escolas de governo.

Em 2017, o Promotor de Justiça Eneas Romero de Vasconcelos assumiu a função de editor-chefe da Revista, colaborando juntamente com os diretores da Escola (Manuel Pinheiro de Freitas, Flávia Unnenberg e Plácido Barroso), do CEAJ (Luciana Aquino Vasconcelos), diretores de ensino da ESMP (Emmanuela Cipriano, Tarcísio Rocha, Ramon Negócio e Marcela Márjore) e articulistas para que a revista crescesse e se internacionalizasse com a publicação de artigos internos e externos, inclusive artigos de autores de 4 (quatro) diferentes continentes.

Na última reunião do Conselho da Revista, foi escolhido por unanimidade como novo Editor-Chefe o Promotor de Justiça André Tabosa, professor universitário e Promotor de Justiça erudito e extremamente qualificado que certamente contribuirá para que a revista continue evoluindo.

O atual número da Revista possui artigos internos e externos de autores de diferentes parte do mundo, tratando de diversos e importantes aspectos de diversas áreas jurídicas.

O relevante e atual tem da “Evolução e o Impacto das Gerações Probatórias na Persecução Penal” é tratado. Outro aspecto relevante da atuação concreto do Ministério Público é a defesa dos direitos metaindividuais e do meio ambiente e é trata no artigo que versa sobre a Gestão Pública Municipal de Resíduos Sólidos.

São tratados também outros assuntos relevantes como a violência doméstica em “A utilização de Instrumentos Tecnológicos na efetividade da aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) na contemporaneidade brasileira”, “A Participação do Membro do Ministério Público na Audiência de Homologação de Acordo de Não Persecução Penal e sobre os Limites da Justiça Consensual no Sistema jurídico-penal brasileiro” e “A Resposta de Wil Waluchow ao Desafio Metodológico Interpretativista.”

Os artigos externos e internacionais tratam de temas complexos e atuais de teoria do direito e tecnologia como os artigos, “Blockchain Legalization: Basic nomotehcnical frameword and open questions”, “La voluntad de Hannah Arendt en la banalidad del mal: ¿Pueden los jueces y fiscales distinguir la maldad en el delito?”, “Investiganting and Prosecuting trafficking in persons cases in the Bahamas and Uganda: a comparative analysis” e “New legal institution in the Hungarian criminal procedure system enabling the rapid prosecution of criminals”.

Tivemos ainda a honra de receber artigos de dois autores convidados, com títulos: “Nem solução nem decisão: heurísticas e vieses cognitivos” e “A Jurisdição Especial para a Paz na Colômbia: justiça de transição sui generis”.

Esperamos que os artigos publicados possam contribuir para fortalecer o diálogo e a crítica para garantir que o Estado Democrático de Direito, a democracia e os direitos humanos sejam efetivados na sociedade, no Estado e pelo Ministério Público.

Equipe Revista Acadêmica ESMP/CEAF-CE



A EVOLUÇÃO E O IMPACTO DAS  
GERAÇÕES PROBATÓRIAS NA PERSECUÇÃO  
PENAL SOB OS INFLUXOS DOS ATUAIS  
MECANISMOS TELEFÔNICOS

*THE EVOLUTION AND THE IMPACT OF  
PROBATORY GENERATIONS ON CRIMINAL  
PERSECUTION UNDER THE INFLUENCES OF  
CURRENT TELEPHONE MECHANISMS*



# A EVOLUÇÃO E O IMPACTO DAS GERAÇÕES PROBATÓRIAS NA PERSECUÇÃO PENAL SOB OS INFLUXOS DOS ATUAIS MECANISMOS TELEFÔNICOS<sup>1</sup>

*THE EVOLUTION AND THE IMPACT OF PROBATORY GENERATIONS  
ON CRIMINAL PERSECUTION UNDER THE INFLUENCES OF CURRENT  
TELEPHONE MECHANISMS*

*Francisco Robério Fernandes Júnior<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar a evolução das gerações do direito probatório e os seus reflexos na persecução penal realizada pelos agentes estatais. Essas gerações probatórias são representadas por três célebres precedentes que remetem ao uso crescente de tecnologias que invadem a intimidade individual com o fito de produzir elementos informativos e provas no âmbito da investigação e do processo penal, com foco nas ações exploratórias de aparelhos tecnológicos e telefônicos. Reputa-se determinante revisar os precedentes judiciais nacionais firmados pelos tribunais superiores, estabelecendo semelhanças e diferenças entre variados casos concretos apreciados, conjugados com os precedentes internacionais, especificamente os firmados pela Suprema Corte Norte-Americana. Para isso, é impreterível a análise relativa à licitude ou à ilicitude dos meios de obtenção e dos próprios elementos informativos e provas colhidas por meio do acesso às comunicações de dados, bem como da reverberação dos recentes julgados na persecução penal, à luz das garantias constitucionais, dos postulados legais e doutrinários do direito penal e processual penal.

**Palavras-chave:** Provas; Privacidade; Trilogia; Persecução Penal; Tecnologia.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 10/01/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7. Foi monitor das disciplinas de Direito Civil III e Direito Processual Civil II. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público – ESMP. e-mail: roberiofernandesjr@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O processo penal visa à reconstrução dos fatos antecedentes ao objeto da demanda na linha cronológica de sucessão dos acontecimentos. A litigância em juízo almeja o convencimento do órgão julgador e, para a consecução desse objetivo, faz-se necessário a intercessão de um arcabouço probatório convincente, tendo em vista que a condenação, via de regra, ocorrerá face à certeza de culpabilidade.

Para tanto, é necessário distinguir as provas dos elementos informativos. Esses são colhidos durante toda a investigação, em procedimento diverso do processo judicial e sem o crivo do contraditório, seja por meio de inquérito policial presidido pela autoridade policial, seja por meio de procedimento investigatório criminal conduzido pelo membro do Ministério Público, ou por meio de outras investigações preliminares. Aquelas são produzidas sob o crivo do contraditório, pelas partes ou pelo próprio juiz no bojo de um processo.

Denominam-se sucedâneos probatórios aqueles em que há um déficit cognitivo em relação aos fatos anunciados, ou porque não foi adotado o devido procedimento estipulado em lei para a construção da prova no processo, ou porque não houve a atenção devida ao princípio da mediação que deduz uma produção probatória com a ausência de intermediários e anteparos.

A forma com que a prova é produzida revela-se determinante à caracterização da sua licitude. Ademais, não se confundem as provas ilícitas, que ferem determinado direito material, ou garantia constitucionalmente prevista, das provas ilegítimas, que representam transgressão à norma processual posta. Ambas são espécies do gênero prova proibida, as quais não são admitidas no processo penal, e devem ser denegadas pelo ordenamento jurídico como um todo.

Vislumbrando a importância da manutenção da integridade e da licitude dos futuros elementos informativos e acervos probatórios, o legislador dedicou um novo capítulo no Código de Processo Penal, advindo da reforma ocorrida no ano de 2019 intitulada como Pacote Anticrime. Nele, foi legislado sobre o que se denominou de “cadeia de custódia”, que, por definição legal, versa sobre o conjunto de procedimentos concatenados para obter-se o histórico cronológico dos vestígios angariados em locais ou em vítimas de delitos, rastreando sua posse e manuseio desde o reconhecimento inicial até a sua destinação final.

Em decorrência da vasta amplitude do conceito de prova, surgiram diversas teorias para explicar os desdobramentos da cadeia probatória e suas repercussões na persecução penal. Uma das mais conhecidas, e com forte implicação na prática forense, é a teoria dos frutos da árvore envenenada, uma teoria de causa e efeito nascida na jurisprudência,

mas que hoje está positivada no artigo 157 do Código de Processo Penal.

Essa teoria aduz que os derivados de uma prova ilícita são contaminados pela ilicitude da prova originária, culminando na necessidade do seu desentranhamento dos autos. Desse modo, uma confissão obtida por meio de tortura, por exemplo, estaria eivada de um vício congênito sob o qual não se admite convalidação.

Por não ser uma teoria absoluta, a sua incidência é acometida de limitações que podem ser vistas nas suas teorias decorrentes, como se observa no parágrafo primeiro do art. 157, CPP, o qual traz que são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo forem obtidas por fonte independente, concretizando o conceito da teoria da descoberta inevitável. Razoável é tal solução pois, como a determinada prova seria colhida de todo modo e por meio de atos válidos, não haveria razão para que não fosse aproveitada.

Outra mitigação é vista pela teoria da prova absolutamente independente, também chamada de teoria da fonte independente, trazida no parágrafo segundo do art. 157, do CPP, que alude que caso haja outras provas independentes daquela eivadas pela ilicitude e, desde que essas provas também tenham sido produzidas por meio idôneos, não há motivos para cogitar-se contaminação e posterior desentranhamento.

É relevante também mencionar a teoria da descoberta inevitável, a qual infere que não se deduz ilicitude de uma prova decorrente de outra ilícita caso essa última puder ser obtida, de todo modo, por meio de atos lícitos. Reconhece-se, assim, o seu proveito legal e autoriza a sua posterior utilização regular. Mostra-se importante que a aplicação dessa teoria não se dê por meio de meras conjecturas superficiais, tendo em vista a importância de haver elementos concretos que a embasem.

Por fim, dentre as teorias de maior expressão, encontra-se a teoria do encontro fortuito de provas ou serendipidade. Esse último termo, tem por significação a ocorrência de descobertas afortunadas feitas ao acaso, e pode ser dividida em serendipidade de primeiro e serendipidade de segundo grau.

A serendipidade de primeiro grau é notadamente identificada e exemplificada em situações de interceptação telefônica, em que se busca apurar uma determinada infração penal relativa a um investigado específico, mas que, no decorrer da análise do substrato interceptado, é detectado o cometimento de outro delito que possui relação de conexão ou continência com o primeiro.

Já a serendipidade de segundo grau é identificada, quando não existe qualquer relação de conexão, ou continência entre a infração penal descoberta e a infração penal investigada. Seguindo no exemplo da interceptação, ela funcionará como mera notícia crime, permitindo a instauração do procedimento investigatório.

Ressalta-se que, no Brasil, a interceptação telefônica somente pode ser usada para crimes punidos com reclusão. Contudo, se no curso de uma interceptação regularmente

instaurada, forem descobertos elementos probatórios relacionados a outros delitos, esses elementos poderão ser utilizados validamente, para dar início a novas investigações, mesmo que o crime descoberto seja apenado por detenção, tendo em vista a licitude da interceptação originária.

Essa conclusão a respeito do encontro fortuito de provas nada mais é do que um reflexo prático da aplicação do princípio da serendipidade, conforme entendimentos do STJ, a exemplo dos julgados RHC 28794/RJ RMS 33.677/SP.

Não obstante existirem diversas teorias que indicam tanto a ilicitude quanto modos de aproveitamento e descontaminação das provas, há situações em que não há outra alternativa senão a manutenção da ilicitude da prova produzida, por não restarem meios de ilidir tal vício nas circunstâncias do caso concreto.

## 2 O GARANTISMO E A TRILOGIA OLMSTEAD-KATZ-KYLLO

No decorrer da história, a atuação do Estado vem sido restringida face a garantias e direitos fundamentais de caráter individuais, tais como os direitos constitucionais à intimidade e à privacidade. Essa restrição, quando conferida em prol do réu, dá-se como forma de proteção dos seus direitos, e deve ser observada em um estado democrático que adota, primordialmente, o sistema acusatório e tem uma constituição garantista.

O modelo garantista originalmente idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, traduz a aplicação do direito penal e processual penal em consonância com as garantias constitucionais conferidas aos indivíduos, salvaguardando-os de eventuais arbítrios do Estado. De acordo com Ferrajoli e sua definição, o garantismo traduz um modelo normativo de direito denominado “Sistema Garantista” ou, simplesmente, “SG”:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. *É consequentemente*, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente”. (2010, p. 785-786).

Para conferir a boa aplicação do seu modelo posto, Ferrajoli elencou em sua clássica

obra *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (Direito e razão: Teoria do garantismo penal) 10 (dez) axiomas para otimizar a aplicação do cânone paradigma.

Axiomas podem ser entendidos como máximas ou premissas que servem de base sólida para a construção do entendimento postulado, os quais são: 1. *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), 2. *Nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei), 3. *Nulla lex sine necessitate* (não há lei sem necessidade), 4. *Nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa a bem jurídico), 5. *Nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem ação), 6. *Nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), 7. *Nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo), 8. *Nulla iudicium sine accustone* (não há processo sem acusação), 9. *Nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova), e 10. *Nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa).

Há, contudo, aqueles indivíduos que desvirtualizaram esse sistema, realizando uma verdadeira mutação prejudicial da garantia, subvertendo o seu sentido original e aduzindo a sua manutenção apenas para beneficiar o réu, e não ambas as partes do processo em consonância com os princípios da paridade e da proporcionalidade.

A partir daí, surgiram críticas a essa proposição que confere proteção exacerbada ao investigado ou ao réu, recebendo a denominação de “garantismo hiperbólico monocular”. Hiperbólico por ser exagerado, exorbitante, demasiado, e monocular por ter como direção apenas uma via do processo.

Tal garantismo hiperbólico monocular, por dedução lógico-sistemática de sua nomenclatura, contrapõe-se ao garantismo penal integral alvidrado originalmente. Esse último, de forma assertiva, aufere proteção não apenas para a via do réu mas para todas as partes, e possui duas vias: uma negativa, que visa a frear o poder punitivo do Estado, relacionando-se com a proibição do excesso estatal, e uma positiva, que visa fomentar a intervenção estatal de forma eficiente, relacionando-se à proibição da intervenção estatal insuficiente, evitando a impunidade. Consolida Douglas Fischer:

Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes, da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos, em nossa crítica, que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados. (2015, p. 42).

Ferrajoli reconhece que pena possui uma função de prevenção geral negativa, e sua

utilidade seria servir de um mecanismo para evitar as penas informais, impedindo a sociedade de fazer justiça por intermédio da autotutela dos cidadãos, e o Estado, de aplicar sanções arbitrárias. Dessa maneira, haveria uma dupla proteção: tanto da vítima do delito, quanto do infrator.

Em reação ao garantismo e as teorias legitimadoras da pena, surgiram teorias deslegitimadoras da pena, que não conferem legitimidade, e demonstram que se a pena possui uma função, esta não se encontra no direito penal. Essas teorias deslegitimadoras são uma verdadeira antítese às teses legitimadoras, e rechaçam a intervenção estatal no direito de punir. Desacredita-se da eficiência do sistema penal legitimador e de controle social, como pode ser observado nos conceitos do abolicionismo penal e do minimalismo radical. Contudo, não são adotadas no sistema penal pátrio.

A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo surge entabulada por precedentes da Suprema Corte do Estados Unidos da América e apresenta, em cada fase, marcos históricos que permitem compreender tanto evolução, quanto a classificação das gerações probatórias, bem como o seu impacto na persecução penal à luz das garantias individuais.

João Biffe Júnior e Joaquim Leitão Júnior expõem:

A divisão das gerações de direito probatório encontra seu nascedouro nos precedentes Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001), nos quais a Suprema Corte Norte-Americana decidiu em quais casos incidiria a proteção conferida pela 4ª emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, tornando-se assim necessária a expedição prévia de ordem judicial de busca e apreensão para a obtenção lícita das provas. (2016, Online).

A tríade mencionada possui a referida nomenclatura, por fazer remissão aos nomes de cada indivíduo que teve o seu caso concreto fixado como precedente paradigma, em grau distintivo e em aspecto evolutivo das gerações do direito probatório.

## **2.1 Direito probatório de 1ª geração: teoria proprietária ou *trespass theory***

No precedente precursor de Roy Olmstead, julgado em 1928, discutiu-se a validade da prova decorrente da interceptação telefônica executada por meio do acesso direto à fiação da empresa telefônica responsável por esse serviço, localizada em espaço público. Essa interceptação foi efetivada sem a prévia autorização judicial, contudo, não houve a invasão ou penetração em domicílio privado. A partir dessas investigações, descortinou-se o comércio ilícito de bebidas alcoólicas articulado por Olmstead.

O debate instaurado no referido caso deu-se sobre a discussão acerca da licitude da prova em face à não violação da propriedade particular, considerando que os atos investigatórios foram realizadas em via pública. A defesa pugnou pela ilicitude da referida prova, argumentando que a interceptação, do modo que foi executada, violou o direito norte-americano e padecia de nulidade.

Após amplo debate, a Suprema Corte Norte-Americana chegou à conclusão de que, como os investigadores não haviam penetrado em nenhuma propriedade do acusado, a correta interpretação da quarta emenda indicava que a inviolabilidade não poderia ser alargada para além o conceito proposto no texto, ou para aplicar buscas e apreensões de forma a proibir escutar conversas telefônicas.

Então, realizando uma verdadeira interpretação restritiva, a Corte decidiu pela licitude da prova, tendo em vista que o texto constitucional determinava que era necessário mandado judicial, quando houvesse a invasão de propriedade privada. Nessa hipótese, seria necessário ser descrito no mandado tanto o local a ser pesquisado, quanto as pessoas ou coisas a serem apreendidas. Como no caso em vertente não houve busca ou apreensão no interior de casa ou escritório algum, não haveria a necessidade desse mandado judicial.

Com isso, nessa primeira geração probatória, criou-se a chamada “teoria proprietária” ou “*trespass theory*”, em que a proteção conferida pela norma se resumia a espaços determinados e particulares. Caso não houvesse ingresso no local constitucionalmente protegido, não se deveria extrair qualquer ilicitude da ação realizada, desembocando em uma limitada interpretação da norma protetiva da intimidade e privacidade. Nesse sentido, Knijnik:

Esse precedente consagrou o que a doutrina convencionou chamar de “*trespass theory*” ou “teoria proprietária”: a proteção constitucional estender-se-ia apenas para áreas tangíveis e demarcáveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular, o que, na espécie, efetivamente não havia ocorrido, dado que nenhuma propriedade de Olmstead fora devassada pela autoridade. (2016, p. 85).

Assim, em síntese, a proteção se aplicava, apenas, a áreas demarcáveis ou bens tangíveis, exigindo a entrada, o ingresso e a violação de um espaço privado ou particular. Restringiu-se a proteção, apenas, às coisas, aos objetos e aos lugares.

## 2.2 Direito probatório 2ª geração: teoria da proteção constitucional integral

Depois de aproximadamente 4 décadas do precedente *Olmstead*, a Suprema Corte esteve defronte a um caso de uma investigação policial, em que o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), também sem invadir propriedade privada do investigado, operou a captação de voz do investigado em uma cabine telefônica por intermédio de um dispositivo de gravação externa, tendo acesso ao conteúdo da conversação de Charles Katz, em que foram realizadas apostas esportivas por telefone, configurando prática proibida pela lei federal então vigente.

Em primeira análise ao caso Katz, aplicavam-se os precedentes firmados no caso *Olmstead*. Afinal, em ambos os casos não houve invasão nem ingresso em propriedade ou espaço senão público. Nessa toada, o tribunal de apelação admitiu a referida prova, pelos mesmos motivos que atestaram lícita a prova colhida no primeiro precedente de primeira geração.

Ocorre que tal caso também chegou à Suprema Corte Estadunidense que, dessa vez, revisitou o seu entendimento, para assentar que a proteção à intimidade e à privacidade não deveria se limitar a áreas demarcáveis ou bens tangíveis, estendendo-se de modo a englobar a gravação de manifestações orais.

Com esse novo precedente de segunda geração, a ação policial foi caracterizada como uma busca que não dispensaria ordem judicial emanada da autoridade competente. Como não houve essa autorização, a diligência realizada foi qualificada como ilícita, contaminando a prova, tornando-a ilícita e levando ao seu desentranhamento dos autos.

Dessa maneira, para a Suprema Corte, o Governo havia obtido a prova em detrimento da intimidade e privacidade do investigado pois, ao utilizar cabine telefônica de vidro, ainda que pudesse ser visto pelos agentes pelo lado de fora, ao fechar a porta e desembolsar a quantia correspondente à chamada, havia ali uma expectativa legítima de segurança do conteúdo do diálogo, sendo suposto que as palavras pronunciadas pelo telefone não seriam transmitidas para outrem senão o destinatário da chamada, nem que haveria publicização da comunicação estabelecida.

Knijnik enuncia:

Nessa transição *Olmstead-Katz*, o âmbito de proteção q constitucional, como visto, migrou de coisas, lugares e pertences para pessoas e suas expectativas de privacidade. Foi assim que um número muito maior de ocorrências, não atendidas pela teoria proprietária, foi posto sob a custódia da Emenda da Constituição americana. Basicamente, a evolução introduzida por Katz, de extrema importân-

cia, implicou o afastamento da teoria proprietária como expressão integral da proteção constitucional, com a introdução de um teste bem mais complexo, formado por duas indagações: primeiro, se há uma expectativa subjetiva real e efetiva de privacidade; segundo, se a sociedade está disposta a reconhecer essa expectativa como razoável, ou seja, se está disposta a confirmar a pretensão do sujeito real. Com base em tais critérios, por exemplo, afastou-se a arguição de ilicitude de prova consistente em voo rasante sobre o jardim da residência do investigado, que acabou por comprovar, mediante utilização de câmaras sofisticadas, o cultivo de *cannabis sativa*. Embora existente uma expectativa do sujeito de não ser bisbilhotado do ar, fato é que a sociedade não reconhece uma proibição dos passageiros de uma aeronave de contemplarem a paisagem e, se for o caso, constatarem detalhes importantes da vida de terceiros. (2016, p. 86).

Em decorrência dessa decisão emblemática, firmou-se um novo entendimento de que somente seria possível sobrepor-se a legítima expectativa de privacidade por meio de uma ordem de busca e apreensão emanada do poder judiciário, firmando, assim, o conteúdo do segundo precedente da trilogia.

A transmutação da evolução introduzida pelo caso Katz, ocasionou o afastamento da teoria proprietária como expressão integral da proteção constitucional, com a introdução de duas premissas na aplicação dos direitos individuais. A primeira, ostenta o questionamento sobre a existência de uma expectativa real e efetiva de privacidade no caso concreto. Já a segunda, remete à reflexão sobre se a sociedade reconhece tal expectativa como razoável, confirmando, assim, a pretensão do sujeito.

### **2.3 Direito probatório 3ª geração: provas tecnológicas invasivas**

O último julgamento da trilogia deu-se no caso Danny Lee Kyllo, proferido também pela Suprema Corte Norte-Americana, no ano de 2001. Nesse caso, a polícia suspeitava de que o investigado estaria cultivando a planta *cannabis sativa*, responsável pela produção da maconha, no interior de sua residência. Contudo, não havia lastro indiciário suficiente para o requerimento de expedição de um mandado de busca pelo órgão judicial competente, conforme emanava do requisito do precedente anterior de Katz.

É de conhecimento da polícia que, para que haja o cultivo da planta *cannabis sativa*, é necessária a utilização de lâmpadas de alta intensidade. Partindo dessa premissa, surgiu, por parte dos investigadores, a ideia de utilizarem um equipamento capaz de aferir a captação térmica irradiado pelas paredes do determinado ambiente, sem que houvesse

a necessidade de penetração no ambiente de coleta termal, ou seja, a captação se daria da própria via pública.

Em contraponto, *Kyllo* não havia exposto pretensão de privacidade em relação à emissão de calor da sua residência, porque não utilizou mecanismos para inibir esse fenômeno, tampouco a sociedade reconheceria legítima tal pretensão. Ademais, pela jurisprudência sedimentada pela doutrina de segunda geração, outras provas análogas vinham sendo admitidas com certa segurança.

Para a execução da captação anunciada, os agentes pararam um veículo na via pública, próxima à residência do investigado e, fazendo o uso do equipamento “*Agema Thermovision 210*”, identificaram que o telhado acima da garagem, e uma parede lateral da casa de *Kyllo*, eram mais quentes do que o restante da sua casa e, consideravelmente, também mais quentes do que da dos seus vizinhos.

Por meio dessa diligência, a polícia conseguiu o lastro que faltava para o requerimento do mandado judicial de busca e apreensão, o qual foi solicitado e deferido. Durante a execução do mandado, como previsto pela polícia, foram encontradas diversas plantas de *cannabis sativa*. Consequentemente, *Kyllo* foi processado por tráfico drogas.

No decorrer do seu julgamento, a defesa de *Kyllo* buscou a declaração de nulidade da prova obtida pelo meio supracitado, e o seu desentranhamento dos autos do processo que embasou o mandado de busca, contudo o tribunal não acolheu a tese defensiva.

Os recursos judiciais levaram o caso novamente à Suprema Corte que, superando o paradigma firmado pelo precedente *Katz*, avançou na conferência de uma maior amplitude à proteção da privacidade contra tecnologias capazes de revelar, como no caso em tela, atividades ilícitas no interior de casa, sem haver a necessidade de nela penetrar. Nesse sentido a Suprema Corte acolheu a tese defensiva, instaurando novo marco divisorio da proteção constitucional, o de terceira geração. *Knijnik* arremata:

E A ideia fundamental que preside essa importante decisão é a de que “retirar da proteção sua mínima expectativa garantida seria permitir à tecnologia policial erodir a privacidade garantida pela 4ª Emenda”, o que poderia ser feito, obviamente, sem nenhum tipo de intrusão física. Porém, nem todo uso de tecnologia para além dos olhos nus converteria uma diligência policial em uma busca a reclamar autorização judicial, mas “somente quando a tecnologia não está no uso geral do público. Isto assegura a preservação daquele grau mínimo de privacidade que já existia quando a 4ª Emenda foi adotada. (2016, p. 92).

Dessa forma, compõe-se a tríade *Olmstead-Katz-Kyllo* com importantes reflexos na

doutrina e jurisprudência probatória até os dias atuais, onde os precedentes firmados, nesses casos, projetam influências para o direito processual penal brasileiro de modo a nortear a aplicação da prova, e a aferição da sua licitude por meio da análise dos meios de obtenção.

### **3 O IMPACTO DAS GERAÇÕES PROBATÓRIAS NA PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA**

É habitual as Delegacias de Polícia e as Promotorias de Justiça receberem comunicações contendo informações sobre cometimento de crimes, podendo haver o noticiamento dessas práticas às autoridades públicas por qualquer do povo. Essa conduta é, inclusive, fomentada por serviços como o “disque denúncia”. Como a legislação não impõe elevado rigor formal à sua realização, é possível que tais comunicações sejam feitas de forma anônima.

É sabido que a denúncia anônima, por si só, não é suficiente para justificar medidas investigativas invasivas, a exemplo de uma busca e apreensão domiciliar, pois caso fossem intentadas fundadas nesse pseudo-lastro restariam nulificadas por ausência dos pressupostos de decretação. Não obstante a deslegitimação duma atuação temerária, é patente a fragilidade desse elemento informativo analisado de forma isolada.

Apesar disso, a denúncia anônima não impede a autoridade policial nem o membro do Ministério Público de proceder à verificação das informações e, a partir daí, em caso da constatação de veracidade das alegações da denúncia, iniciar a deflagração do respectivo procedimento de investigação.

Esse é o tradicional entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual pode ser inferido do julgamento do HC 95244 de 23/03/2010:

(...) é vedada a persecução penal iniciada com base, exclusivamente, em denúncia anônima. Firmou-se a orientação de que a autoridade policial, ao receber uma denúncia anônima, deve antes realizar diligências preliminares para averiguar se os fatos narrados nessa «denúncia» são materialmente verdadeiros, para, só então, iniciar as investigações.

Tal entendimento é confirmado, atualmente, mesmo após uma década da mencionada decisão, como pode observado no julgado do HC 611.918/SP de 07/12/2020 em que o STF assentou:

Esta Corte Superior entende serem exigíveis fundamentos razoáveis da existência de crime permanente para justificarem o ingresso de-

sautorizado na residência do agente. Desse modo, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio, sem autorização judicial.

O avanço da tecnologia forçou uma mudança significativa nas investigações e nos processos judiciais, visto que a *internet*, e todas as ferramentas inseridas no meio digital quebraram os antigos paradigmas de comunicação de dados, sobretudo com a introdução de novas funções e aplicativos de celulares. Como o meio digital está em constante evolução, o Direito também tem que estar para acompanhá-lo, seja por meio de evoluções legislativas, seja por meio da jurisprudência, no qual aquela é, notadamente, bem mais morosa do que essa para a consecução desse fim.

No cotidiano da atividade policial, notadamente quando da realização de prisões em flagrante, é comum a apreensão dos aparelhos telefônicos. Há ocasiões em que dessa apreensão ocorre o acesso aos dados neles inseridos, tais como imagens, registros de ligações telefônicas, não obstante o acesso a aplicativos a exemplo do *WhatsApp*, *Telegram*, *Facebook Messenger*, *Skype*, *Instagram*, dentre inúmeros outros, em busca de maiores informações acerca da diligência efetuada. Confirmam Vinícius Marçal e Cleber Masson:

(...) fixadas estas distinções, considerou-se que os atuais smartphones são dotados de aplicativos de comunicação em tempo real, razão pela qual a invasão direta ao aparelho de telefonia celular de pessoa presa em flagrante possibilitaria à autoridade policial o acesso a inúmeros aplicativos de comunicação on-line, todos com as mesmas funcionalidades de envio e recebimento de mensagens, fotos, vídeos e documentos em tempo real. (2015, p. 240).

Um dos pontos de complexibilidade dessa questão reside no fato de as mensagens trocadas por intermédio desses aplicativos poderem ser apagadas instantaneamente, de modo que o trâmite regular do pedido de ordem judicial, para acessar o conteúdo ali presente, certamente conduziria à perda dos elementos informativos que os órgãos da persecução penal haveriam de ter para promover as medidas repressivas aos delitos praticados.

Essas situações estão, umbilicalmente, relacionadas ao direito probatório de terceira geração que, conforme exposto, utilizam meios de obtenção de provas altamente tecnológicos e invasivos da privacidade. A Constituição Federal, no seu art. 5º, incisos X e XII, garantem a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, de dados e

de comunicações telefônicas, mas faz uma ressalva ao consignar “salvo ordem judicial”.

Extrai-se da interpretação texto constitucional de 1988, contraposto à realidade atual, que as mensagens contidas nos aplicativos digitais estão inclusas na mencionada proteção, e que, em decorrência dela, podem ser observadas várias sequências de repercussões práticas dessas garantias.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento, no julgamento do RHC 67.379-RN julgado em 20/10/2016 e publicizado por meio do informativo 593 de jurisprudência do STJ que

Na ocorrência de autuação de crime em flagrante, ainda que seja dispensável ordem judicial para a apreensão de telefone celular, as mensagens armazenadas no aparelho estão protegidas pelo sigilo telefônico, que compreende igualmente a transmissão, recepção ou emissão de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio de telefonia fixa ou móvel ou, ainda, por meio de sistemas de informática e telemática.

Desse modo, a polícia não precisa de autorização para realizar a apreensão do aparelho telefônico do preso em situação de flagrância, sendo esse entendimento consoante ao art. 6º, II, do CPP, que aduz caber à autoridade policial apreender os objetos relacionados ao fato criminoso, após liberação pelos peritos, para não haver contaminação da cadeia de custódia da prova.

Apesar de prescindir de autorização judicial para apreender o celular, a autoridade policial precisa do crivo do judiciário, para que possa acessar licitamente o conteúdo das mensagens do aparelho telefônico. O STJ assentou no RHC 51.531-RO julgado em 19/4/2016 e divulgado no informativo 583 que

Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no WhatsApp presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante.

Portanto, mostra-se imperiosa a necessidade de mandado de busca e apreensão para efetivar o acesso ao conteúdo telefônico, sendo que, uma vez obtido, não há óbice para que os acessos posteriores deem-se sem a necessidade de renovação desse expediente. Nesse precedente, o STJ faz menção expressa ao aplicativo de troca de mensagens *WhatsApp*, habitualmente utilizado pela maioria dos brasileiros para troca de mensa-

gens instantâneas, como pode ser observado no RHC 77.232/SC de relatoria Ministro Felix Fischer, julgado em 03/10/2017.

Adentrando nas inovações tecnológicas, o aplicativo do *WhatsApp*, no seu modo padrão, só pode ser instalado em um celular por vez. Sobretudo, há ferramentas que permitem o seu acesso simultâneo em outro celular ou em um computador de mesa. O procedimento, também conhecido como espelhamento de tela, pode ser realizado, por exemplo, pelo endereço eletrônico oficial do *WhatsApp Web*, com acesso por meio de um *QR Code* ou Código QR (versão bidimensional do código de barras, composto de padrões de pixels em preto e branco).

Assim, por intermédio dessa ferramenta há a possibilidade de se manter conectado ao aplicativo celular em dispositivos diversos e simultaneamente. Ciente disso, a dúvida que surge é se seria lícito o acesso a essa comunicação de dados do investigado pela polícia, mesmo que alicerçado em decisão judicial.

Tal questionamento foi levado ao STJ, que julgou o RHC 99.735-SC em 27/11/2018, inserido no informativo 640 e fixou o seguinte precedente:

É nula decisão judicial que autoriza o espelhamento do WhatsApp via Código QR para acesso no WhatsApp Web. Também são nulas todas as provas e atos que dela diretamente dependam ou sejam consequência, ressalvadas eventuais fontes independentes. Não é possível aplicar a analogia entre o instituto da interceptação telefônica e o espelhamento, por meio do WhatsApp Web, das conversas realizadas pelo aplicativo WhatsApp.

Como mais um desmembramento das possibilidades tecnológicas, surge o questionamento levado ao Tribunal Superior sobre a licitude ou não de uma ordem policial ao suspeito para que pusesse o seu celular no modo “viva-voz”, de modo que o conteúdo da chamada fosse amplificado, saindo da esfera individual do ouvido do investigado, para a publicidade do conteúdo conversatório para quem estivesse no raio de alcance sonoro do dispositivo, de maneira que a polícia obtivesse a escuta da conversa travada pelo investigado com terceira pessoa com a ajuda de seu aparelho telefônico.

Definiu-se que não há somente o impedimento da ordem de ativação do recurso “viva-voz”, como também não é autorizado ao policial atender o telefone do investigado para, passando-se por ele, negociar a entrega de drogas com o fito de caracterizar crime da Lei nº 11.343 (Lei de Drogas).

A conduta consistente em negociar por telefone a aquisição de droga, com a consequente disponibilização do veículo para o transporte do entorpecente, configura o crime

de tráfico de drogas consumado, e não apenas tentado, ainda que a polícia, com base em indícios obtidos por interceptações telefônicas, tenha efetivado a apreensão da droga em momento anterior ao recebimento do investigado.

No âmbito das interceptações telefônicas, é importante mencionar que não se admite a figura da interceptação de prospecção, a qual é realizada por conjecturas para descobrir se uma pessoa qualquer está envolvida em alguma infração penal, a exemplo de ouvir conversas telefônicas do investigado, esperando que em algum momento ele cometa algum crime. Esse procedimento fere, frontalmente, as garantias individuais dos investigados, tendo em vista que o procedimento de interceptação é evidentemente pós-delitual e não pré-delitual.

Assentam tais entendimentos o HC 212.528-SC 1º/9/2015, o REsp 1.630.097-RJ julgado em 18/4/2017 e o HC 511.484-RS, julgado em 15/08/2019, divulgados, respectivamente, nos informativos 569, 603 e 655 do STJ.

Não há ilegalidade, contudo, em perícia realizada em celular, mesmo que sem autorização judicial, em hipótese que a esposa da vítima morta entrega o aparelho telefônico voluntariamente à autoridade policial, conforme delineou o STJ no julgamento do RHC 86.076-MT em 19/10/2017, também divulgado em informativo, esse de número 617.

#### **4 CONCLUSÃO**

Depreende-se que, no direito probatório de primeira geração, houve uma proteção direcionada à inviolabilidade das comunicações telefônicas e a privacidade em residências de forma mais limitada, fixando a teoria proprietária.

No direito probatório de segunda geração, a proteção progrediu de modo a englobar as expectativas de privacidade referente às comunicações telefônicas, ainda que derivadas de ação em ambiente público.

Fechando a trilogia, o direito probatório de terceira geração proporcionou uma abrangência ainda maior, protegendo o indivíduo dos meios de obtenção de provas eletronicamente tecnológicos e intromissivos da privacidade, incluindo a comunicação de dados em telefones celulares.

Essa terceira geração probatória ganha atenção especial por se tratar da geração em que é contemporâneo ao presente momento, com o enfoque eminentemente tecnológico.

É notada uma constante evolução da jurisprudência em uma árdua tentativa de acompanhar o ritmo de avanço das tecnologias e suas modificações na sociedade, tendo em vista que poder legislativo não consegue conferir às leis a mesma celeridade que o judiciário consegue promover na sua interpretação e aplicação prática, de forma a moldar às realidades atuais.

Vislumbra-se, desse modo, a necessidade de um trabalho constante de adaptação do Direito aos dispositivos legais e constitucionais existentes atualmente, pois cada nova tecnologia que surge pode impactar na que existe atualmente, delineando novas possibilidades jurídicas.

Conclui-se pela necessidade de autorização judicial para acessos às conversas em aparelhos celulares de investigados, via de regra, ainda que em situação de flagrante delito, em virtude da expectativa de garantias constitucionais que o investigado possui. Já a apreensão do referido aparelho prescinde de ordem judicial, mesmo que tal entendimento colida com a ânsia de colheita probatória imediata de determinadas situações pelas órgãos de investigação.

Todavia, em caráter excepcional, há situações em que os órgãos investigativos poderão proceder ao acesso dos dados e as comunicações de dados em aparelhos celulares, com a evidente consulta aos aplicativos de comunicação.

Havendo expressa autorização do investigado, não será necessária ordem judicial, haja vista que aquele que abdica da sua intimidade, não poderá, posteriormente, pleitear a nulidade da prova por existir vedação a esse tipo de comportamento contraditório. Não obstante a hipótese de autorização do investigado, também dispensa autorização judicial, quando o telefone celular é entregue à polícia pela esposa.

Ante o exposto, urge a necessidade de uma reciclagem constante dos atores da persecução penal, e do poder judiciário para que consigam explorar os meios de obtenção de prova que estão à sua disposição de modo harmonioso com as suas atuações, e com as garantias conferidas aos investigados, a fim de buscar uma coexistência harmoniosa e cooperativa para a consecução da justiça.

## **THE EVOLUTION AND THE IMPACT OF PROBATORY GENERATIONS ON CRIMINAL PERSECUTION UNDER THE INFLUENCES OF CURRENT TELEPHONE MECHANISMS**

### **ABSTRACT**

The present article aims to study the evolution of the generations of evidence law and its reflexes in the criminal prosecution carried out by state agents. These probatory generations are represented by three famous precedents that refer to the increasing use of technologies that violate individual privacy with the goal of producing informational elements and evidence in the scope of the investigation and criminal law process, focusing on exploratory actions of technological devices and telephones. It is considered decisive to review the national judicial precedents established by the higher courts,

demonstrating similarities and distinctions between the different concrete cases observed, in conjunction with international precedents, specifically those signed by the North American Supreme Court. For this, it is imperative to analyze the lawfulness or illegality of the means to obtain proofs and the informative elements of evidence collected through access to data communications, as well as the repercussion of recent judgments in criminal law persecution in view of constitutional guarantees, legal and doctrinal postulates of criminal law and criminal procedural law.

**Keywords:** Evidence; Privacy; Trilogia; Criminal prosecution; Technology.

## REFERÊNCIAS

BIFFE JÚNIOR, João; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. **O acesso pela polícia a conversas gravadas no Whatsapp e as gerações probatórias decorrentes das limitações à atuação estatal.** Genjurídico. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/08/12/o-acesso-pela-policia-a-conversas-gravadas-no-whatsapp-e-as-geracoes-probatorias-decorrentes-das-limitacoes-a-atuacao-estatal/>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BUISSA, Guilherme. **O que significa garantismo hiperbólico monocular?** Disponível em <<https://gbuissa.jusbrasil.com.br/artigos/111879034/o-que-significa-garantismo-hiperbolico-monocular#:~:text=Express%C3%A3o%20cunhada%20pelo%20jurista%20italiano,o%20chamado%20garantismo%20hiperb%C3%B3lico%20monocular>>. Acesso em 17 jan. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas; PALELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral:** questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal:** as interceptações telefônicas. 2ª Edição, Revistas dos Tribunais, 1982.

KENJI, Válter. **Processo Penal.** 8ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2019.

KNIJNIK, Danilo. **A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI.** Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, ano 2, número 4. Porto Alegre/RS, 2016.

KNIJNIK, Danilo. **Prova Judiciária:** estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **Temas de direito penal, criminologia e processo penal. A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI.** Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 5ª Ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime Organizado**. São Paulo: Método, 2015.

TÁVORA, Nestor; RODRIGUES ALENCAR, Rosmar. **Novo Curso de Direito Processual Penal**. 15ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

A RESPOSTA DE WIL WALUCHOW  
AO DESAFIO METODOLÓGICO  
INTERPRETATIVISTA

*THE WIL WALUCHOW'S RESPONSE  
TO THE INTERPRETATIVE  
METHODOLOGICAL CHALLENGE*



# A RESPOSTA DE WIL WALUCHOW AO DESAFIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVISTA<sup>1</sup>

*THE WIL WALUCHOW'S RESPONSE TO THE INTERPRETATIVE  
METHODOLOGICAL CHALLENGE*

*Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior<sup>2</sup>*

## RESUMO

A crítica de Dworkin ao positivismo em *Law's Empire* se define por defender a impossibilidade da realização de juízos neutros e descritivos da prática jurídica utilizando como referência a perspectiva do participante. Este artigo tem como objetivo esclarecer a resposta de Waluchow a este desafio a partir da obra *Inclusive Legal Positivism*. Através de pesquisa bibliográfica, chega-se à conclusão de que a pesquisa jurídica, de acordo com Waluchow, pode ser realizada através de valores metateóricos como a clareza e simplicidade. A partir desses valores, então, seria possível realizar valorações dentro da perspectiva interna sem necessariamente serem políticas ou justificatórias.

**Palavras-chave:** Positivismo jurídico; Interpretativismo; Waluchow.

## 1 INTRODUÇÃO

O debate metodológico entre positivistas e interpretativistas é de destacada relevância para a compreensão do debate em filosofia analítica do direito – especificamente a respeito da melhor forma de realizar um projeto teórico - que alcança até os dias atuais. Este artigo toma como ponto de partida e principal objeto a obra *Inclusive Legal Positivism* de Wil Waluchow publicada em 1994, tendo em vista que oferece o suporte metodológico necessário para a compreensão de seu sentido adequadamente, além de dar um suporte ao debate contemporâneo.

---

<sup>1</sup> Data e Recebimento: 24/01/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Professor de Teoria do Direito e Teoria da Constituição do Centro Universitário Unichristus. Doutorando em Ordem Jurídica Constitucional na Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em direito pela UFC. Graduado em Direito pela UFC com período de mobilidade acadêmica internacional na Universidade de Coimbra. Professor de Teoria da Constituição da Escola Superior do MPCE (ESMP-CE). Professor substituto no Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC (2019-20). ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0988-890X>. E-mail: [tarcisiorg@gmail.com](mailto:tarcisiorg@gmail.com)

É de se notar também que Wil Waluchow realizou o seu doutorado em teoria do direito em Oxford sob orientação de Herbert Hart, que ainda poderia realizar orientações mesmo já estando aposentado. E por conta dessa aposentadoria, Waluchow também foi aluno de Ronald Dworkin, que estava exercendo a cátedra de teoria do direito em Oxford nos anos 80. Esse dado biográfico é necessário porque demonstra que, além da qualidade dos argumentos apresentados, Waluchow também pode debatê-los diretamente com os autores os quais os seus estudos tratavam<sup>3</sup>.

É possível destacar que a questão que este artigo almeja responder é: Como Wil Waluchow responde ao desafio interpretativista de Dworkin realizado contra o positivismo jurídico? Importante destacar que este não é um debate que está encerrado, mas a contribuição de Waluchow foi determinante para o atual estágio em que ele se encontra. O objeto deste artigo é demonstrar a fundamentação teórica da metodologia utilizada em *Inclusive Legal Positivism* e, assim, basear a devida compreensão do debate de maneira mais ampla. A parte substancial, ou seja, o debate com autores do positivismo exclusivo, não será objeto de extenso aprofundamento neste texto.

Então, este artigo está dividido em 4 (quatro) momentos: (i) a diferença entre âmbito metodológico e substantivo na teoria do direito; (ii) a definição do desafio metodológico interpretativista de Dworkin; (iii) a resposta de Waluchow a esse desafio e, por fim, (iv) o diálogo dessa resposta com outros desafios interpretativistas importantes e interessantes.

## 1.1 Duas dimensões da teoria do direito: substancial e metodológica

Para compreender os argumentos apresentados aqui no âmbito da filosofia analítica do direito algumas ferramentas teóricas são importantes. Uma delas é conhecer a diferença entre os âmbitos substancial e o metodológico de uma teoria. Stephen Perry (1994, p. 312) esclarece esses conceitos como prévia a uma crítica ao positivismo de Hart na obra *The Concept of Law*.

Essa diferenciação é muito importante para o desenvolvimento deste argumento. O autor explica que o positivismo substantivo se baseia na posição em que não existe conexão necessária entre moral e direito, uma questão bem tradicional nos estudos em teoria do direito e atualmente marcada pelo debate entre positivistas inclusivos e exclusivos.

---

<sup>3</sup> Importante destacar que este artigo é fruto de reflexões realizadas a partir de conferências realizadas por Wil Waluchow em Belém e em Fortaleza entre janeiro e fevereiro de 2019. Em Belém, suas conferências aconteceram no Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará (ICJ-UFPA) com apoio da Liga Acadêmica Jurídica do Pará (LAJU-PA). Em Fortaleza, as conferências aconteceram no Centro Universitário Unichristus. Entre as instituições que apoiaram o evento em Fortaleza estava o Ministério Público do Ceará (MPCE) através de sua Escola Superior (ESMP-CE).

Por outro lado, o positivismo metodológico se baseia na visão de que a teoria do direito pode e deve oferecer uma descrição moralmente neutra da prática normativa chamada direito. De forma mais clara, o positivismo metodológico afirma que o método adequado para alcançar a natureza do direito é uma descrição politicamente neutra.

Ambos os anseios são independentes. Por exemplo, Jeremy Waldron (1994, p. 411) é um filósofo que nega a perspectiva metodológica do positivismo – que o direito pode oferecer uma teoria moralmente neutra e descritiva –, mas compreende ser adequada a perspectiva substancial – que não há relação necessária entre direito e moralidade.

Em outras palavras, podemos dizer que Waldron, pelo menos no texto referido, discorda com o positivismo sobre a forma de fazer filosofia, no método de fazer filosofia do direito, ou seja, considera que não é possível fazer uma filosofia moralmente neutra e descritiva. Por isso, podemos dizer que Waldron compreende que fazer filosofia do direito é um projeto moralmente engajado, em que necessariamente alcançamos justificativas baseadas em ideais de moralidade política e de justiça.

O interessante é que, mesmo em uma perspectiva metodológica diferente, Waldron alcança a mesma conclusão que o positivismo na perspectiva substancial. Isso significa dizer que, enquanto o positivismo metodológico afirma que a natureza do direito é independente da moral porque é assim que o direito é nas suas características essenciais, Waldron defende que direito e moral são independentes entre si – posição substancial positivista também conhecida como tese da separação (*separation thesis*).

A diferença é que essa conclusão é alcançada não por conta do método positivista de alcance de características essenciais do direito, mas por conta de uma avaliação moral e politicamente engajada da prática jurídica. Assim ele chega à conclusão de que a separação entre direito e moral é algo relevante politicamente – tese do positivismo substancial.

Tendo deixada essa diferenciação mais ou menos clara, podemos dizer que Hart (1994, p. iii), na primeira edição de *The Concept of Law*, estabeleceu a sua tese no positivismo substantivo: que não há uma relação essencial entre direito e moral. Como desenvolvimento de sua teoria, ele também defendeu que a chave para a compreensão do direito é a diferenciação entre regras primárias, que tratam sobre a conduta de cidadãos, e regras secundárias, que servem como critério para identificação e criação de regras primárias. No âmbito metodológico, no entanto, a sua posição não ficou muito clara.

No prefácio do seu principal livro, Hart (1994, p. iii) até deixou claro que o seu trabalho seria visto por juristas como um ensaio em teoria do direito analítica, como esclarecimento de conceitos do pensamento jurídico. Em seguida, também considerou que poderia ser considerado como um ensaio de sociologia descritiva, destacando a importância de tratar tipos distintos de situações sociais por meio da análise de critérios de uso de palavras em um contexto social de uso.

Além disso, outra grande contribuição teórica de Hart (1994, p. 85) foi diferenciar dois pontos de vista diferentes, para realizar-se uma reflexão sobre teoria do direito, o interno e o externo. O autor explica que o ponto de vista interno é o do participante da prática em estudo e de suas razões em relação a essa prática. Por outro lado, o ponto de vista externo é aquele no qual um observador não analisa as razões dos participantes, mas apenas descreve o seu comportamento externamente à prática.

Hart (1994, p. 90) considera que a perspectiva adequada para o seu objetivo metodológico no livro é considerar, e analisar as razões do ponto de vista do participante, mas descrevê-las do ponto de vista externo, ou seja, sem se posicionar a respeito dessas razões. Mesmo com esses esclarecimentos em relação às perspectivas possíveis, e com as pistas deixadas pelo prefácio para aprofundamento, era necessário um desenvolvimento maior de sua proposta dentro de uma perspectiva metodológica.

Então, é possível dizer que, no âmbito substancial, surgem questões sobre qual é a natureza do direito, enquanto, no âmbito metodológico, surgem questões sobre como investigar e explicar a natureza do direito.

## **1.2 O debate entre positivismo inclusivo, exclusivo e direito como integridade como de natureza substancial**

No âmbito substancial está o debate entre positivismo inclusivo e positivismo exclusivo. Aqui há uma concordância a respeito da metodologia adequada para a realização da pesquisa por um teórico do direito – a análise conceitual. Por outro lado, em relação ao aspecto substancial, às conclusões alcançadas pelo teórico do direito a respeito da natureza do direito são diferentes.

Liderado por Joseph Raz (1985, p. 295), o positivismo exclusivo entende que a natureza do direito está diretamente relacionada com a concepção de autoridade. E, conseqüentemente, essa concepção leva à chamada tese das fontes (*sources thesis*) – que se define por entender que a identificação do direito não possui nenhuma relação direta com a moral em nenhum sentido.

De outra forma, o positivismo inclusivo – defendido por Hart e Waluchow, entre outros – defende a tese da incorporação (*incorporation thesis*). Esta tese entende que a natureza do direito não possui nenhuma relação com a moral. Além disso, ela entende que as fontes sociais do direito podem determinar a incorporação de critérios morais para a sua identificação em situações específicas – algo que os exclusivistas discordam.

Um exemplo para demonstrar a diferença entre essas correntes teóricas é o da proibição de punições injustas ou cruéis, como a presente no art. 5º, XVII, e) da Constituição Federal brasileira. Para o positivismo inclusivo, a referência feita ao critério moral da

proibição da crueldade pela constituição – fonte autorizada de identificação do direito – faz com que a crueldade se torne critério para a identificação do direito em situações dentro do escopo da norma. Naturalmente, essa posição pressupõe a crença na objetividade e na racionalidade da moral – a ponto de servir de critério seguro para a identificação do direito.

De outro modo, para o positivismo exclusivo, a referência a critérios morais não faz com que eles se tornem elementos de identificação do direito. Aqui – para a manutenção da tese das fontes e a rejeição da tese da incorporação – qualquer referência legislativa ou constitucional a critérios morais deve ser compreendida como uma identificação, uma autorização para a utilização da discricionariedade.

A discricionariedade aqui tem a função de determinar o limite de aplicação de critérios jurídicos. Assim, um juízo discricionário é realizado além dos critérios jurídicos identificáveis. Como a identificação do direito não é mais possível por meio da referência a fontes sociais, a discricionariedade surge como parte do processo de criação do direito no caso concreto – assim a tese das fontes é mantida intacta.

Em contraposição às duas teses positivistas – tese da incorporação e tese das fontes – o interpretativismo também possui uma tese substantiva a ser proposta. Assim, além da divergência em relação ao método também há uma divergência em relação à substância. A tese substancial proposta por Dworkin (1986, p. 232) é o direito como integridade (*law as integrity*).

Chamada por Raz (1985, p. 305) de tese da coerência, em resumo, o direito como integridade entende que o direito deve ser visto como essencialmente relacionado à justificativa da atividade coativa do estado de maneira legítima por intermédio da interpretação coerente e íntegra dos direitos e responsabilidades estabelecidos no passado. Nesse sentido, o direito como integridade pressupõe a identificação do direito apor via de juízos de moralidade dentro de uma responsabilidade política – o que está totalmente em desacordo tanto com a tese das fontes quanto com a tese da incorporação.

Esse ponto foi desenvolvido para que fique clara a diferença entre debate substantivo e metodológico na filosofia analítica do direito, mas não será trazido aqui um desenvolvimento maior a respeito deste tema<sup>4</sup>.

### **1.3 O debate entre positivistas e interpretativistas como de natureza metodológica**

Estando cientes de que há uma organização do debate substancial entre positivistas inclusivistas, positivistas exclusivistas e defensores do direito como integridade, é ne-

---

<sup>4</sup> Defendendo que, no âmbito substancial, não há tanta diferença na capacidade de explicação entre interpretativistas e positivistas inclusivos em questões relacionadas a precedentes está o prof. Thomas Bustamante. Cf. (BUSTAMANTE, 2019).

cessário destacar que a organização é diferente quando se trata do debate metodológico, ou seja, o debate a respeito de como se faz filosofia do direito. Neste âmbito, tanto inclusivistas quanto exclusivistas estão de acordo com método utilizado pelo teórico do direito – a análise conceitual neutra e distanciada – e discordam do método não-positivista no qual o interpretativismo se baseia.

Por fim, importante destacar que não há uma conexão necessária entre os pressupostos metodológicos e conclusões substanciais sejam positivistas ou não-positivistas. Como no exemplo citado de Jeremy Waldron (1994, p. 411), que utiliza o método interpretativista, mas não alcança a integridade no direito como conclusão substancial – ele se aproxima mais do positivismo na defesa da separação entre direito e moral.

## **2 O INTERPRETATIVISMO E O DESAFIO INTERPRETATIVISTA**

Este tópico está dividido em dois. O primeiro, almeja explicar, sinteticamente, as principais características do interpretativismo a partir da visão de Stavropoulos – talvez o principal sucesso de Dworkin no que tange ao debate metodológico em filosofia analítica. Em seguida, será desenvolvida o desafio produzido por Dworkin em *Law's Empire* contra o positivismo jurídico.

### **2.1 Entendendo o interpretativismo**

Nicos Stavropoulos (2021) explica, de maneira muito clara, as principais características do interpretativismo em quatro pontos. O primeiro, destaca que o interpretativismo é uma corrente em filosofia do direito, que entende que a devida explicação da prática jurídica – entendida como envolvendo direitos e obrigações – só pode ser realizada por meio da compreensão da prática institucional, e de princípios morais conjuntamente em um processo interpretativo.

A interpretação é compreendida aqui como o estudo de objetos normativamente relevantes ou das ações que produzem esses objetos. A literatura é um exemplo familiar pelo que se explica a prática interpretativista. Isso porque, na arte, a interpretação colabora na construção do significado do objeto em estudo. Essa realidade é compreendida como necessária e não opcional.

O segundo ponto, é que o interpretativismo identifica princípios de moralidade política que justificam a prática estudada em situações concretas. No âmbito jurídico, é possível dizer que alguns princípios morais justificam a aplicação do direito em determinadas maneiras em situações específicas.

O terceiro, é que o papel de justificação de princípios é fundamental. Para relações

de direitos e deveres jurídicos, alguns princípios de moralidade política explicam ultimamente como a prática institucional, e outros critérios, são importantes para determinar como se definirá a relação entre direitos e obrigações. Nesse processo, inclusive, os princípios de moralidade política vêm primeiro.

O quarto ponto, é que o papel de direitos e obrigações em questões jurídicas específicas é definido por sua força na moralidade política. Em outras concepções de direito – como o positivismo jurídico – o papel de direitos e obrigações é definido apenas pela prática institucional e a avaliação moral vem em seguida. Com um olhar positivista, o método interpretativo vem apenas após a identificação de direitos e obrigações e, talvez, possa complementá-lo - em situações excepcionais.

## 2.2 O desafio interpretativista

Tendo isso em mente, é possível seguir e compreender qual é o desafio interpretativista feito em *Law's Empire*. Nesta obra, Dworkin (1986, p. 13) explica que o direito tem natureza argumentativa, e que seus atores compreendem o que ele requer ou proíbe a partir da verdade de certas proposições, que possuem sentido apenas dentro de sua prática. E essa prática se define em debater a respeito dessas proposições. Dessa forma, para compreender essas proposições, é essencial entender os seus fundamentos.

Em seguida, é explicado os pontos de vista possíveis de análise tal como Hart o fez. O ponto de vista externo, também chamado de observador, e o ponto de vista interno, que é o do participante. Aqui, Dworkin enfatiza o fato de que as pessoas que estão envolvidas nessas práticas não querem ou precisam de descrições de características essenciais de um teórico do direito, mas de teorias que tratem, especificamente, sobre e auxiliem a compreender o que o direito requer na prática. Dessa maneira, ele expõe que a sua perspectiva em *Law's Empire* é a perspectiva do participante, que tenta compreender as características argumentativas da prática jurídica como um participante dessa prática<sup>5</sup>.

Dando seguimento ao seu argumento, Dworkin (1986, p. 102) descarta a utilidade de teorias descritivas - chamadas semânticas - e propõe que as teorias do direito sejam interpretativas. Com isso, ele propõe que elas sejam voltadas para uma prática específica, e não uma teoria abstrata e distanciada em busca de características essenciais e universais.

No mesmo sentido e tomando como referência a perspectiva interna de um juiz, Dworkin (1986, p. 93) defende que a teoria do direito é prólogo de uma decisão judicial, e que o direito de uma comunidade seja visto como o esquema de direitos e responsa-

---

<sup>5</sup> Essa perspectiva é mantida até em toda sua obra. Para tal, conferir *Justice for Hedgehogs*, especialmente a parte I (DWORKIN, 2012).

bilidades, que justificam a coerção do estado a partir de decisões passadas consideradas adequadas. Para tanto, inevitável é a utilização de princípios de moralidade política, considerados os mais adequados fundamentos do direito.

Após essa breve exposição desse ponto específico de *Law's Empire* – mesmo que de maneira parcial e fatalmente incompleta -, é possível esclarecer que – na perspectiva interpretativista defendida nele - o ponto de vista do participante tem, como consequência direta, a admissão da ideia de teoria do direito como prólogo de uma decisão judicial e, conseqüentemente, sua relação com a justificação de uma prática a partir de princípios de moralidade política de uma comunidade. Por isso, teorias descritivas e neutras moralmente são tão inadequadas quanto impossíveis metodologicamente.

Em resumo, é possível dizer que este é o desafio interpretativista: desenvolver uma teoria que trate de uma prática normativa como o direito, e que descreva as convicções internas dos participantes é, metodologicamente, possível dentro de uma perspectiva externa e moralmente neutra? Para o interpretativismo, a resposta é não.

Após essa provocação, Hart (1994, p. 240) desenvolve um pouco mais sobre a sua perspectiva metodológica no *Postscript* publicado, postumamente, como apêndice à 2ª edição da obra *The Concept of Law*. Ao tratar sobre a natureza da teoria do direito, Hart explica que o seu anseio no livro é construir uma teoria que seja geral e descritiva. Ela é geral, no sentido de que não é voltada para nenhum sistema jurídico específico e que almeja clarificar uma instituição social de natureza normativa. E ela, também, é descritiva no sentido de ser uma teoria moralmente neutra e sem nenhum objetivo de justificação moral da prática estudada.

Importante destacar, também, que, segundo Hart (1994, p. 242), o argumento metodológico central de Dworkin contra sua teoria é que “a teoria do direito deve tomar a perspectiva interna no direito (...) e nenhum nenhuma análise da perspectiva interna pode ser realizada por uma teoria descritiva cujo ponto de vista não é do participante, mas do observador externo” (tradução livre).

Com essas palavras, podemos dizer que, segundo Hart, o desafio interpretativista tem sua melhor formulação na questão da possibilidade de uma descrição moralmente neutra de razões internas a partir de uma perspectiva externa<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Dentro do positivismo contemporâneo essa interpretação do desafio interpretativista não é unânime. Há quem a interprete de maneira diferente – e fora do que normalmente se chama de argumento do aguilhão semântico. Um exemplo é Scott Shapiro, que defende que o principal desafio interpretativista é o argumento de que o positivismo jurídico é incapaz de descrever desacordos teóricos sobre questões jurídicas. Para aprofundar a questão (Cf. SHAPIRO, 2011, p. 283).

### 3 A RESPOSTA DE WALUCHOW AO DESAFIO METODOLÓGICO INTERPRETATIVISTA

Não é por acaso, então, que Waluchow enfrenta essa questão metodológica – por meio de argumentos já desenvolvidos por Raz(1985, p. 321) - logo no primeiro capítulo de seu livro *Inclusive Legal Positivism*. A crítica que Waluchow (1994, p. 19) faz em relação ao desafio interpretativista é que essa perspectiva é tão radical, que não permite que exista um meio termo entre a ideia de uma descrição totalmente neutra da prática jurídica como almejou Hans Kelsen, e uma perspectiva totalmente engajada moralmente na justificativa de uma prática jurídica como a de Dworkin.

Um meio-termo metodológico, segundo Waluchow, seria uma perspectiva em que se reconheceria o papel do valor, inclusive do valor moral dentro de uma teoria do direito, sem, necessariamente, almejar desenvolver uma teoria que transforme a prática jurídica a melhor possível.

O exemplo de uma proposta moderada, segundo Waluchow(1994, p. 20), é a avaliação de teorias rivais a partir de valores que, normalmente, não são considerados morais como a simplicidade. Nesse exemplo, uma teoria seria considerada melhor que sua rival, se conseguisse explicar o mesmo fenômeno com um grau menor de complexidade.

Aqui, a simplicidade realiza o mesmo papel de controlar o objeto e como nós o vemos tal qual o valor moral faz na perspectiva interpretativista. A principal diferença é que a simplicidade - ou a clareza - não são valores morais. A questão aqui não é justificar, mas é um esforço intelectual para descobrir como o objeto realmente é. O argumento é que estaremos melhores amparados para isso com uma teoria mais simples.

Uma teoria descritivo-explanatória como essa é governada ultimamente por valores metateóricos como simplicidade, coerência e compreensão. Assim, um teórico tem valores não para justificar o direito, mas para entendê-lo melhor.

Nesse contexto, segundo Waluchow (1994, p. 21), é possível destacar uma grande diferença entre dois projetos com valores relevantes: um teórico descritivo-explanatório e, outro guiado, valorativamente por conceitos interpretativos. Em uma teoria descritiva-explanatória, seria possível destacar práticas moralmente relevantes sem se comprometer com os participantes da prática.

Um teórico do direito, por exemplo, poderia identificar que o uso da coerção é, valorativamente, relevante sem saber se ou quando a coerção foi justificada. Assim, um teórico poderia identificar relevância moral sem realizar um ato moralmente comprometido.

Nesse argumento de Waluchow, um esclarecimento é importante. Uma coisa é buscar fazer a sua teoria a melhor que ela pode ser dentro de valores metateóricos, almejar

as melhores interpretações do seu objeto de estudos. Outra coisa é dizer que os teóricos transformam o seu objeto de estudos o melhor que ele pode ser.

Uma teoria descritivo-explanatória não almeja transformar o seu objeto de estudos o melhor que ele pode ser. Ela almeja trazer elementos valorativos para a melhor descrição das reais características desse objeto. Nesse sentido, Herbert Hart e Waluchow realizam projetos valorativos para melhor descrever o seu objeto de estudos, o direito, dentro de uma perspectiva descritiva-explanatória.

Outro ponto importante destacado por Waluchow (1994, p. 27) é que ele considera inadequada a ideia de confundir o participante da prática e o teórico que a estuda. Por exemplo, alguém poderia fazer uma teoria sobre o amor sem estar apaixonado? Uma teoria sobre o amor não é em si mesmas declarações de amor. Alguém poderia oferecer uma teoria sobre a sexualidade sem realizar atos sexuais? Teóricos ficam excitados com suas teorias, mas isso não é um comportamento sexual em si.

Nesse contexto, por fim, é possível afirmar, com Waluchow, a importância de realizar algumas distinções:

- A) Valores metateóricos e considerações avaliativas morais;
- B) Encontrar valor moral e realizar uma justificação moral;
- C) Fazer a melhor teoria possível e fazer o melhor objeto possível;

Com essas observações, é possível alcançar aqui – em resumo - a resposta de Waluchow ao desafio metodológico interpretativista. Ele considera que, de fato, em uma perspectiva interna, o teórico é, fatalmente, influenciado por valores e isso interfere, inafastavelmente, no estudo teórico que realiza. Mas essa intervenção, ou influência não acontece como o interpretativismo propõe.

O interpretativismo propõe que, inevitavelmente, o teórico irá tratar de valores de moralidade política em sua teoria. Por outro lado, em uma teoria descritivo-explanatória do direito como a dele e a de Herbert Hart, os valores que influenciarão são metateóricos e não políticos. Essa é a resposta de Waluchow ao desafio metodológico interpretativista.

Seguindo o mesmo raciocínio, podemos ir além, e alcançar o que podemos chamar de conceito metodológico-chave para a devida compreensão da obra *Inclusive Legal Positivism*. Da mesma forma que Dworkin avaliou as teorias rivais à sua a partir de valores de moralidade política em *Law's Empire*, Waluchow, durante todo o livro *Inclusive Legal Positivism*, irá avaliar as teorias rivais da sua, no caso o Positivismo Exclusivo e a ideia de direito como integridade, a partir de valores metateóricos descritivo-explanatórios. Com essa proposta, Waluchow justifica todas as avaliações que serão feitas em

seu livro, além de responder ao desafio metodológico<sup>7</sup>.

## 4 OUTROS DESAFIOS INTERPRETATIVISTAS – RESPONDENDO A OUTROS CRÍTICOS

Esta última parte do artigo tem como objetivo debater a resposta desenvolvida nas últimas seções – a resposta de Waluchow ao argumento interpretativista. Para tal, será de muita valia debater os argumentos trazidos por Stavropoulos (2001), Waldron (2001) e Perry (1997). Eles almejam demonstrar contradições no método positivista de Hart – descrição neutra e descompromissada – em *The Concept of Law*. Basicamente, os autores almejam demonstrar momentos da obra em que Hart realiza juízos avaliativos, o que está em desacordo com a sociologia descritiva almejada.

Em nenhum momento, é pretendido aqui explorar de maneira completa o argumento desses autores em toda a sua obra – isso iria bem além do escopo deste artigo. É pretendido apenas demonstrar a utilidade do argumento de Waluchow desenvolvido no diálogo com argumentos teóricos utilizados em debates relevantes.

Dessa forma, serão trazidos três momentos nos quais Hart realiza avaliações e entre em contradição com o seu anseio descritivo. Os momentos são: (i) quando ele desenvolve o seu conceito de obrigação jurídica; (ii) quando ele defende a perspectiva adequada para uma análise do direito; (iii) quando ele defende as regras primárias e secundárias como ferramentas de avaliação do direito.

### 4.1 A natureza da obrigação jurídica

Em *The Concept of Law*, Hart (1994, p. 82) defende que a existência de uma obrigação jurídica não é fruto apenas de uma prática social consistente. Se o fosse, o simples hábito de ir ao cinema nas sextas-feiras resultaria no surgimento de uma obrigação jurídica. Uma obrigação jurídica surge quando há uma prática social consolidada, e esta prática é acompanhada por uma atitude reflexiva crítica.

Essa atitude reflete a consideração compartilhada de convicções de membros da comunidade que consideram a prática como obrigatória. Isso acontece quando aqueles que divergem dessa atitude sofrem algum tipo de sanção social. Um exemplo dessa prática pode ser o respeito à propriedade ou à vida de membros da comunidade. Caso essa prática jurídica seja desrespeitada, haverá uma punição social.

Dentro dessa breve conceituação, já há uma avaliação inserida. Implicitamente,

---

<sup>7</sup> Um raciocínio muito semelhante é utilizado em obras mais recentes como em (DICKSON, 2001).

quando Hart defende que esta é a conceituação adequada de uma obrigação jurídica, já há uma avaliação a respeito da melhor forma de conceituar uma obrigação jurídica – e isso está em desacordo com a sociologia descritiva exigida por Hart.

## **4.2 O ponto de vista do teórico do direito**

Em *The Concept of Law*, Hart (p. v, 1994) defende que um estudioso do direito deve desenvolver sua teoria a partir da perspectiva externa, ou seja, do observador da prática jurídica, mas considerando a perspectiva interna ou dos participantes. Todavia essa perspectiva não significa que o estudioso deve partilhar dessas convicções ou, mesmo, posicionar-se a respeito delas. A perspectiva adequada é externa e considerar a perspectiva externa dos participantes, mas não deve haver nenhuma consideração, posicionamento ou justificação da prática estudada. Tudo isso, para respeitar o pressuposto metodológico positivista.

Neste ponto, Hart realiza um juízo valorativo, quando defende que esta é a perspectiva adequada para a realização de um estudo sobre a natureza do direito. Implicitamente, ele está dizendo que um estudo realizado do ponto de vista externo e sem considerar a perspectiva dos participantes não é adequado para uma devida compreensão sobre o direito – e isso está em desacordo com a sociologia descritiva proposta.

## **4.3 A chave da compreensão da teoria do direito**

Como já foi dito neste artigo, Hart (p. 81, 1994) defende que a união de regras primárias e secundárias é a verdadeira chave de compreensão da teoria do direito. Além disso, o autor também destaca como essa estrutura de normas é importante na resolução de problemas em um sistema jurídico primitivo – que é definido por não ter regras secundárias.

Neste momento, Hart estaria realizando um juízo valorativo, já que está desenvolvendo os melhores conceitos teóricos para se compreender a prática jurídica moderna. Assim, ele está dizendo que esses juízos são melhores que o imperativismo de Austin, por exemplo – e isso está em desacordo com a sociologia descritiva proposta.

## **4.4 Respondendo às críticas**

De fato, todos os elementos trazidos podem ser compreendidos como demonstrando avaliações a respeito da melhor concepção de obrigação jurídica, da melhor perspectiva de um teórico do direito, e da melhor conceituação para se estudar o direito. Todavia – a

partir da perspectiva de Waluchow demonstrada em tópicos anteriores – é possível afirmar que nenhuma dessas avaliações foi feita com base em valores morais.

Essas avaliações devem ser vistas como baseadas em valores metateóricos, ou seja, valores que não tem nenhum anseio de justificação da prática estudada e, dessa forma, não almeja ser justa ou injusta. Pretende-se, apenas, a construção de conceitos claros e precisos para a melhor explicação possível do direito – sem realizar nenhum juízo sobre como esse objeto deveria ser.

A teoria de Hart possui natureza explanatória e descritiva, o que significa dizer que está baseada em valores que não possuem natureza política – como a simplicidade, a clareza e a objetividade. Assim, nenhuma das avaliações trazidas almejou desenvolver justificativas ou contradições com a sociologia descritiva proposta por Hart no início de sua obra.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo pode produzir as seguintes conclusões provisórias com base no debate descrito até aqui:

Existem dois tipos de debate em filosofia analítica do direito, o metodológico e o substancial. O debate metodológico trata da melhor maneira ou da maneira mais adequada de fazer filosofia do direito. De outro modo, o debate substancial trata de quais são as características essenciais que definem a natureza do direito.

Considerando que a crítica interpretativista ao positivismo jurídico é de natureza metodológica, Dworkin afirma que não é possível realizar um projeto teórico sobre o direito dentro de uma perspectiva interna (ou do participante) e, mesmo assim, ela ser neutra politicamente e não ter caráter justificatório. Essa crítica não é a respeito das características essenciais do direito, mas sobre como se faz teoria do direito. É afirmado que não possível realizar uma pesquisa jurídica da perspectiva do participante e almejar que ela seja neutra. A natureza justificatória e engajada politicamente é irrenunciável. Este é o desafio que Waluchow almeja responder.

Waluchow afirma que a postura de Dworkin é muito radical e binária, ou seja, não permite que exista uma pesquisa teórica sobre o direito que esteja entre o total distanciamento – como a teoria proposta de Kelsen – e o total engajamento político – como a própria teoria de Dworkin. Construindo um caminho do meio, Waluchow afirma que existem avaliações dentro de uma teoria neutra e descritiva, mas essas avaliações não são políticas e justificatórias. As avaliações teóricas realizadas em *The Concept of Law*, por exemplo, são de natureza metateórica, ou seja, utilizam valores que não possuem natureza política. Entre esses valores, estão a simplicidade, a elegância e a clareza. Es-

ses valores – que estão no meio termo entre Kelsen e Dworkin – guiam uma avaliação entre as melhores teorias descritivas e não as mais justas.

Por fim, *contra* os argumentos de Stavropoulos, Perry e Waldron, é possível responder que todas as avaliações levantadas por esses autores em *The Concept of Law* são de natureza metateórica, ou seja, não possuem caráter justificatório ou político, mas almejam construir a melhor teoria descritiva e neutra possível. Assim, não há qualquer contradição entre a proposta descritiva e neutra de Hart e a execução de seu projeto.

## THE WIL WALUCHOW'S RESPONSE TO THE INTERPRETATIVE METHODOLOGICAL CHALLENGE

### ABSTRACT

Dworkin's critique of positivism in Law's Empire is defined by defending the impossibility of making neutral and descriptive judgments of legal practice using the participant's perspective as a reference. This article aims to briefly and precisely clarify Wil Waluchow's response to this challenge based on the work book Inclusive Legal Positivism. Through bibliographic research, it is concluded that legal research, according to Waluchow, can be carried out through meta-theoretical values such as clarity and simplicity. From these values, then, it would be possible to carry out valuations within the internal perspective without necessarily being political or justifying.

**Keywords:** Legal positivism; Interpretivism; Waluchow.

### BIBLIOGRAFIA

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, **Waluchow and Dworkin's Disagreement on Legal Theory, Precedent and Adjudication: A Family Affair** (January 11, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3331675> Acesso em: 19.01.2022.

COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DICKSON, Julie. **Evaluation and Legal Theory**. Oxford: Hart Publishing, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986.

\_\_\_\_\_. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.

HART, Herbert. **The Concept of Law**. 2<sup>o</sup> Edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

- PERRY, Stephen. Interpretation and Methodology in Legal Theory. In: MARMOR, Andrei. **Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy**. 1997.
- SHAPIRO, Scott. **Legality**. London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- STRAVROPOULOS. Nicos. Hart's Semantics. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. Legal Interpretivism. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring Edition 2021), Edward N. Zalta (ed.) URL: <https://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=law-interpretivist> . Acesso em: 13.01.2022.
- WALDRON, Jeremy. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Ed.). **Hart's Postscript**. Essays on the Postscript to the *Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- WALUCHOW, W. J.. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality, **The Monist**, Volume 68, Issue 3, 1 July 1985, Pages 295–324, <https://doi.org/10.5840/monist198568335>.



A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS  
TECNOLÓGICOS NA EFETIVIDADE  
DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA  
PENHA (LEI Nº 11.340/06) NA  
CONTEMPORANEIDADE

*THE USE OF TECHNOLOGICAL INSTRUMENTS  
IN THE EFFECTIVENESS OF THE ENFORCEMENT  
OF THE MARIA DA PENHA LAW (LAW Nº 11.340/06) IN  
THE BRAZILIAN CONTEMPORANEITY*



# A UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS TECNOLÓGICOS NA EFETIVIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/06) NA CONTEMPORANEIDADE BRASILEIRA<sup>1</sup>

*THE USE OF TECHNOLOGICAL INSTRUMENTS IN THE EFFECTIVENESS OF THE ENFORCEMENT OF THE MARIA DA PENHA LAW (LAW Nº 11.340/06) IN THE BRAZILIAN CONTEMPORANEITY*

*Daniel Chagas Torres<sup>2</sup>  
Renata David Nunes Rodrigues<sup>3</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho aborda o estudo da utilização de instrumentos tecnológicos como mecanismos de efetividade da lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), no que diz respeito à proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, com fito de suprir as carências estatais, materiais e humanas, afastando qualquer possibilidade de não prestação estatal policial relacionada ao princípio da reserva do possível. A relevância do tema é bastante significativa, tendo em vista os dados apresentados nesta investigação, comparando informações anteriores à pandemia de COVID 19 com dados mais recentes que revelam a situação presente, em que ainda experimentamos restrições sanitárias. O alarmante aumento dos casos de violência doméstica, especialmente durante as restrições pandêmicas, justifica um estudo acadêmico, jurisprudencial e doutrinário. Dentro dessa perspectiva, a partir de uma pesquisa dedutiva, com apoio nos procedimentos bibliográficos – livros e artigos de revistas – e documental, conclui-se que elementos de tecnologia como botões de pânico, sincronização do monitoramento de tornozeleiras eletrônicas, geolocalização da vítima e

---

1 Data de Recebimento: 01/03/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

2 O autor é natural de Fortaleza-CE, formado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Realizou especialização em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Católica Dom Bosco. Atualmente, é doutorando pela Universidade de Buenos Aires, conforme resolução 1354/19, de 17 de julho de 2019. Foi aprovado no concurso público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ocupando o cargo de Analista Judiciário – Execução de Mandados do referido tribunal. E-mail: doutoradodaniel@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3651-5546>. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2264706678238904>.

3 A autora é natural de Fortaleza-CE, formada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Assessora Jurídica. Realizou especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Direito processual Civil e Direito Público. Atualmente, é Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará. Ocupa o cargo de Assistente Judiciária da Comarca de Orós, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: renatadnr@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3609-1066>. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9551702622263741>.

do agressor, aplicativos de celular relacionados aos casos de violência, acesso facilitado a informações úteis pela *internet*, instrumentos de comunicação tecnológicos com as autoridades policiais e outros meios podem ser ferramentas valiosas para a efetividade da lei Maria da Penha.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha; Violência doméstica contra a mulher; Tecnologias; Efetividade na aplicação da lei.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa abordará o estudo da utilização de instrumentos tecnológicos como mecanismos de efetividade da lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)<sup>4</sup>, no que diz respeito à proteção de mulheres vítimas de violência doméstica, como mecanismo de políticas públicas. O Estado possui recursos finitos, embora suas demandas sejam muito numerosas. É notório que as carências estatais, materiais e humanas, afastam qualquer possibilidade de onipresença na solução de todos os casos de violência doméstica, porém, a tecnologia pode ser extremamente útil para suprir parte dessas demandas. A relevância do tema é crescente, justamente pelos alarmantes dados de aumento progressivo dos casos de violência doméstica, especialmente no período em que estamos vivenciamos a pandemia de COVID19, o que justifica um estudo acadêmico, jurisprudencial e doutrinário. Dentro dessa perspectiva, a partir de uma pesquisa dedutiva, com apoio nos procedimentos bibliográficos – livros e artigos de revistas – e documental, analisaremos que mecanismos de tecnologia podem estar à disposição do combate à violência doméstica.

## 2 A URGÊNCIA DO PROBLEMA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER EM NÚMEROS NO BRASIL, NA CONTEMPORANEIDADE

O tema da violência contra a mulher é sabidamente uma das mazelas sociais mais fortemente debatidas na atualidade, mas, diante da delicada situação enfrentada pelas mulheres brasileiras e a desafiante realidade nacional, tal assunto merece ainda maior destaque<sup>5</sup>. O problema da violência doméstica contra a mulher não é uma exclusividade do Brasil. Essa lastimável e lamentável situação é um problema facilmente localizável,

---

4 BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha).

5 BRILHATE, Aline; MENDES, Corina; DESLANDES, Suely. **Principais questões sobre a violência contra a mulher na pandemia e após.** Atenção às Mulheres. Encontro com especialistas do IFF/Fiocruz. Disponível em: <https://portal-deboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia-e-pos-pandemia>. Acesso em: 24 jan. 2022.

independentemente do tempo ou do lugar. As mulheres, oprimidas, têm, milenarmente, passado por violações à sua integridade física<sup>6</sup>.

Apenas com o advento do mundo pós-moderno, as mulheres observaram avanços significativos em decorrência do surgimento do movimento feminista, que introduziu, no Ocidente, algumas mudanças preliminares. Reformas eleitorais garantidoras do direito ao voto foram tímidas alterações<sup>7</sup>. O acesso socialmente aceitável do trabalho formal e outras conquistas foram, a duras penas, paulatinamente sendo consolidados<sup>8</sup>.

Ocorre, entretanto, que mesmo com significativas mudanças, o quadro da violência de gênero no mundo é assustadoramente grande. Conforme dados da ONU, 25% das mulheres, a partir de 15 anos, são vítimas da violência<sup>9</sup>. A estimativa deste estudo indica que as agressões estão acontecendo, cada vez mais cedo, na vida de muitas meninas. Notadamente, o agressor, na maioria das vezes, é alguém da família ou conhecido da vítima. Os números poderiam ser ainda maiores, caso não existisse o medo e o estigma de relatar crimes sexuais<sup>10</sup>.

O Brasil apresenta também um quadro preocupante, cheio de particularidades. Institutos como o DataSenado, em parceria com organizações não governamentais como o Observatório da Mulher contra a Violência, costumam realizar entrevistas com brasileiras acerca da violência sofrida por elas no país. Estas pesquisas são realizadas bianualmente, desde o ano de 2005. Devemos ter bastante atenção para a data do estudo que segue: O DataSenado entrevistou 1.116 mulheres por meio de ligações para telefones fixos e móveis. A amostra é representativa da população feminina do Brasil, com margem de erro de 3 pontos percentuais e nível de confiança de 95%<sup>11</sup>. As entrevistas aconteceram entre 29 de março e 11 de abril do ano de 2017, portanto, com dados anteriores aos estudos pós-pandemia da COVID19. Já antes da pandemia, os números já se apresentavam com caráter alarmante.

Observemos que a pesquisa do DataSenado revela um crescimento ascendente de

---

6 TRIGO, Luiz Gonzaga Godoi. **As milenares origens do preconceito de gênero**. Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Turismo – ANPTUR. Professor titular da escola de artes, ciências e humanidades da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.anptur.org.br/anais/anais/files/11/11.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

7 LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHMITT, Stefanie Tomé. Sufrágio universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. **Revista de Sociologia e Política** [online], v. 27, n. 70, 2019. Acesso em: 01 fev. 2022, e003. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-987319277003>. Epub 20 jan 2020. ISSN 1678-9873.

8 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. **Cadernos Pagu** [online], n. 26, p. 405-430, 2006. Acesso em: 7 fev. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Epub 09 ago 2006. ISSN 1809-4449.

9 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU: 25% das mulheres a partir de 15 anos são vítimas da violência de gênero. **ONU News**, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/03/1743912>. Acesso em: 24 jan. 2022.

10 GRAGNANI, Juliana. 11 motivos que levam as mulheres a deixar de denunciar casos de assédio e de violência sexual. **BBC Brasil em Londres**. 13 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41617235>. Acesso em: 24 jan. 2022.

11 INSTITUTO DE PESQUISA DATASENADO e OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA. Violência doméstica e familiar contra a mulher. **Pesquisa DataSenado**, jul. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 24 jan. 2022.

casos de violência, já a partir do ano de 2015, crescendo cada vez mais no ano de 2017<sup>12</sup>:



**Fonte:** Instituto de Pesquisa DATASENADO e Observatório da Mulher Contra a Violência. Ano de pub.: 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 24 jan. 2022.

No mesmo ano de 2017, os casos de procura de assistência de saúde em decorrência de violência contra a mulher atingiram número superior a um quarto de entrevistadas, ainda conforme pesquisa do Data Senado<sup>13</sup>.



**Fonte:** Instituto de Pesquisa DATASENADO e Observatório da Mulher Contra a Violência. Ano de pub.: 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 24 jan. 2022.

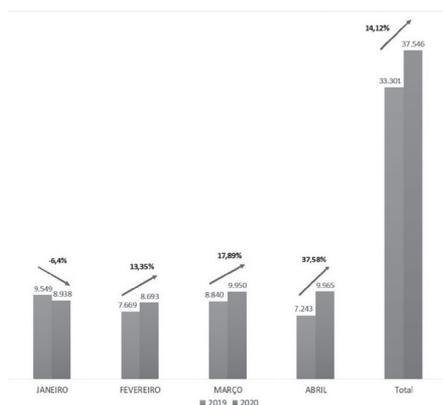
No decorrer do período em que a humanidade foi assolada pela pandemia de COVID19, no transcurso do ano de 2020, a necessidade de confinamento das pessoas e de

<sup>12</sup> INSTITUTO DE PESQUISA DATASENADO e OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Pesquisa **DataSenado**, jul. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 24 jan. 2022.  
<sup>13</sup> *Ibid.*, 2017.

isolamento social geraram muitas dificuldades para os lares em muitos sentidos. Relações familiares se acirraram, divórcios ocorreram e, como via de consequência, também favoreceram relações de violência no âmbito doméstico, segundo dados do Colégio Notarial do Brasil e do IBGE<sup>14</sup>.

A Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH) relatou um aumento médio de 14,1% no número de denúncias realizadas por meio do contato telefônico pelo número 180, apenas nos primeiros quatro meses de 2020, em comparação com o ano de 2019. Foram 32,9 mil registros entre janeiro e abril de 2019 contra 37,5 mil no mesmo período do ano de 2020<sup>15</sup>.

O gráfico abaixo, que tem como fonte o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, registra o comparativo entre os anos de 2019 e 2020 e demonstra o quanto foi sensível o crescimento das denúncias de violência doméstica.



**Fonte:** Ministério da Mulher da Família e dos Direitos Humanos. Ano de publicação: 2020. Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentam nos quatro primeiros meses de 2020. Publicação em 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020>. Acesso em: 24 jan. 2022.

14 “A pandemia da Covid-19 levou ao aumento no número de divórcios. No segundo semestre do ano passado, os cartórios brasileiros registraram recorde no número de divórcios, com 43,8 mil processos, segundo dados do Colégio Notarial do Brasil — Conselho Federal (CNB/CF). O número foi 15% maior em relação ao mesmo período de 2019[...] Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de divórcios no País cresceu 75% em cinco anos e, no meio do ano passado, o total de divórcios saltou para 7,4 mil apenas em julho, um aumento de 260% em cima da média de meses anteriores”. ISTO É DINHEIRO. **Número de divórcios cresce na pandemia e gera oportunidades de negócios**. 11 de março de 2021. Disponível em : <https://www.istoedinheiro.com.br/numero-de-divorcios-cresce-na-pandemia-e-gera-oportunidades-de-negocio/>, acesso em 30 de março de 2022. Ver também; SOUZA, Arthur. **Relações familiares podem sofrer desgaste durante quarentena**. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. 09 de junho de 2020. Disponível em : <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=408923>, acesso em: em 30 de março de 2022. UNIFOR. **O impacto do prolongamento da pandemia nos relacionamentos amorosos**. 3 março de 2021. Universidade de. Fortaleza. Disponível em: <https://www.unifor.br/-/o-impacto-do-prolongamento-da-pandemia-nos-relacionamentos-amorosos>, acesso: 30 de março de 2022.

15 MINISTÉRIO DA MULHER DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentas nos quatro primeiros meses de 2020**. Publicação em 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020>. Acesso em: 24 jan. 2022.

Tais dados e pesquisas demonstram a relevância social e a justificativa de se debruçar sobre esse tema tão importante e sensível. Os poderes públicos, a academia, a intelectualidade e a sociedade de forma geral não podem fechar os olhos para essa situação insustentável e inaceitável que é a violência contra a mulher.

O estudo científico deve buscar a efetividade da aplicação das normas de combate à violência doméstica, notadamente a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340)<sup>16</sup>, a partir da realidade concreta do povo brasileiro, e também da realidade da reserva do possível inerente à resposta que o Estado pode oferecer diante desta mazela social. São muito louváveis iniciativas legislativas que visem ao combate à violência contra a mulher, mas sem concretização efetiva, não passarão de palavras vazias e discurso cingidamente retórico.

É notável e louvável a aplicação de medidas protetivas concedidas às mulheres vítimas de violência doméstica que impliquem em afastamento do agressor do lar, e intimação para que este mantenha a distância mínima de cem metros da vítima. Ocorre, entretanto, que o Estado, detentor do poder de punir, não é onipresente. Não tem condições de deixar, por exemplo, um policial escoltando vinte e quatro horas por dia para cada mulher vitimada ou ameaçada de agressão doméstica. Pela reserva do possível<sup>17</sup>, não há como atender a essa demanda em todos os casos. Infelizmente, muitas mulheres chegam ao ponto de serem vítimas de feminicídio<sup>18</sup> pela demora estatal ou falta de recursos humanos, ou materiais, na atividade policial que deveria dar proteção a essas cidadãs.

Dessa forma, este presente artigo tem como escopo trazer luz ao debate científico sobre tal tema tão relevante, sobretudo no que diz respeito a uma evolução e aperfeiçoamento jurídico das normativas de combate à violência doméstica, aliada a uma evolução tecnológica e científica, que permite um trabalho mais efetivo do Estado em proteger essas mulheres vitimadas, equacionando melhor os recursos escassos. Neste trabalho acadêmico, refletiremos sobre boas práticas e experiências introduzidas na realidade brasileira, e que apresentam boas taxas de sucesso. Em outras palavras, existe um tripé que pode gerar um ciclo virtuoso para a solução do problema em destaque: aperfeiçoamento jurídico-normativo, uso de tecnologias e inteligência policial.

Dentro dessa perspectiva, analisaremos a linha de desenvolvimento dos textos normativos brasileiros, que trataram do combate à violência doméstica, sua evolução, até chegarmos à principal ferramenta normativa atual, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340)<sup>19</sup>. Trataremos desta lei de forma particular, destacando as mudanças reali-

---

16 BRASIL. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Lei Maria da Penha).

17 MALDONADO, Viviane Nóbrega. O poder judiciário e o princípio da reserva do possível. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 189-212, abr./jun.2015.

18 MENEGHEL, Stela Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. *Ciência & Saúde Coletiva [online]*, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017229.11412017>. Acesso em: 7 fev. 2022. ISSN 1678-4561.

19 BRASIL. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Lei Maria da Penha).

zadas, sobretudo no que diz respeito à introdução de mecanismos tecnológicos na proteção de mulheres vítimas de agressão domiciliar. Por fim, especificaremos os recursos tecnológicos que estão servindo de verdadeiros raios de esperança para muitas mulheres agredidas.

### 3 HISTÓRICO NORMATIVO DE COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Neste presente tópico, destacaremos os fundamentos nacionais e internacionais sobre a violência de gênero que prepararam terreno para a Lei Maria da Penha, e que possibilitaram suas mais recentes inovações.

Dentro deste histórico, até os anos 1990, a violência, de uma forma mais generalizada, tinha praticamente um tratamento uniforme. Toda a pessoa agredida deveria ser protegida, mas pouco importava se se tratava de uma criança, mulher, idoso ou orientação sexual. Tais questões eram tratadas, exclusivamente, pelo Código Penal Brasileiro, que é um Decreto-lei, de 7 de dezembro de 1940.

A partir de 1990, a violência passou por uma espécie de especialização. A primeira inovação da referida “especialização da violência” foi a contida no Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), pela lei 8.069/90<sup>20</sup>. Tal regramento partia do pressuposto de uma situação especial em dignidade das crianças e adolescentes, encarando a sua vulnerabilidade como algo que o Estado e a sociedade deveriam proteger.

No mesmo ano de 1990, surgiu a lei 8.072/90, que trata de crimes hediondos<sup>21</sup>. O legislador Brasileiro passou a valorar as condutas de agressão. Avaliou a existência de condutas tão graves e danosas que mereciam um tratamento punitivo diferenciado. Tais ações gravosas passariam a ter um tempo de progressão de regime mais longo do que os crimes comuns<sup>22</sup>.

O ano de 1990 foi, de fato, um ano que marca bem a especialização da violência, uma vez que ainda contemplou o país com a Lei do Código de Defesa do Consumidor<sup>23</sup> que, para além de questões meramente comerciais, previa a violência contra o consumidor, geralmente a parte mais hipossuficiente da relação, como sendo digna de tutela. Depois deste fatídico ano de 1990, a regra seria cada vez mais especificações de situações de agressão.

20 BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90. São Paulo: Atlas, 1991.

21 BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Lei dos crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm). Acesso em: 10 jan. 2015.

22 **Idades Integradas Vianna Junior**, v. 13, n.1, p. 397- 422, jan./jun. 2021. ISBN 21QUEIROZ, Amauri M. *et al.* A progressão de regime e seu contexto histórico: avanço ou retrocesso. **Jornal Eletrônico Facu76**.

23 BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

Em 1995, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, antigos juizados de pequenas causas, Lei 9.099/95<sup>24</sup>, que separavam as condutas no sentido de tirar da Justiça Comum crimes de menor potencial ofensivo. No ano de 1997, surgiu outro marco legislativo importante. Finalmente, no Brasil, quase 50 anos depois de tornar-se signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e depois dos horrores cometidos na ditadura militar, surgiu uma lei específica de combate à tortura<sup>25</sup>, Lei 9.455/97<sup>26</sup>. A última grande lei que evidencia a especialização da violência, anterior à Lei Maria da Penha, foi a Lei 9.605/98<sup>27</sup>, do ano de 1998, conhecida como Estatuto do Idoso, para proteção de pessoas de mais idade em situação de vulnerabilidade. Em suma, temos partido do princípio aristotélico de “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade”<sup>28</sup>, tendo em vista buscar contrapor a ideia de que toda a violência é uma agressão como outra qualquer. Há situações especiais de vulnerabilidade que demanda uma tutela especial da lei, não sendo possível tratar de forma igual pessoas que estão em condições diferentes, o que causou toda essa evolução de especialização, que trouxe benefícios justamente por fornecer um olhar de inteligência sobre cada realidade de vulnerabilidade, com suas peculiaridades e especificidades.

É necessário observar, entretanto, que são leis constituídas e elaboradas ainda no milênio passado. A *internet* no Brasil, por exemplo, ainda estava nos primórdios. Não havia velocidade de conexão nem de tráfego de dados significativos. Usava-se um meio de transmissão de dados inapropriado. Os pulsos telefônicos, criados para transmitir a voz humana, serviam, simultaneamente, para transmitir dados da *internet*<sup>29</sup>. Tudo era lento e rudimentar, se comparado com a banda larga contemporânea. Para compreendermos a diferença, como afirma Tarso Araújo, se o fluxo de dados de *internet* fosse uma espécie de “rodovia”, a banda larga teria duzentas e cinquenta mais faixas do que a “rodovia” da *internet* discada<sup>30</sup>. As denúncias por meios de comunicação, que envolvessem equipamentos mais caros, ficavam restritas a pessoas que tivessem condição financeira

24 BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: SARAIVA. **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 676-686.

25 DE LUCCA, Jamile García. **O crime de tortura na legislação brasileira**. Jus. Publicado outubro de 2017, elaborado em outubro de 2017. Disponível em: [26 BRASIL. \*\*Lei nº 9.455, de 07 de abril de 2007\*\*. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: \[www.presidencia.gov.br/legislacao/\]\(http://www.presidencia.gov.br/legislacao/\). Acesso em: 22 jan. 2022.](https://jus.com.br/artigos/61600/o-crime-de-tortura-na-legislacaobrasileira#:~:text=Apesar%20de%20o%20Brasil%20ter,v%C3%A1rias%20atrocidades%20no%20que%20diz, acesso em: 30 de março de 2022.</a></p></div><div data-bbox=)

27 BRASIL. **Estatuto do Idoso**: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

28 D’OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. Breve análise do princípio da isonomia. **Institutoprocesso**, 2012. Disponível em: [http://institutoprocesso.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocesso.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf), acesso em 08 fev. 2022.

29 GOGONI, Ronaldo. Entenda a origem do som (ou do barulho) da internet discada. **Tecnoblog**, 2019. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/a-origem-do-som-da-internet-discada/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

30 ARAÚJO, Tarso. Qual a diferença entre conexão de internet discada e banda larga? Super Interessante. Publicado em 18 de abril de 2011, atualizado em 4 de julho de 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-a-diferenca-entre-conexao-de-internet-discada-e-banda-larga/>, acesso em 30 de março de 2022.

melhor. Até mesmo telefones fixos, de tão caros, deviam ser declarados no imposto de renda, no século passado.

Quando do surgimento da Lei Maria da Penha, uma lei que traria um olhar de especialização para a questão da violência sofrida pela mulher, já no século XXI, surgiria a necessidade de atualização e inclusão de meios tecnológicos mais democratizados, sobretudo com o barateamento das linhas telefônicas e a massificação da telefonia móvel<sup>31</sup>. Tal recurso expandiu-se de uma forma tão avassaladora, que o Brasil tornou-se o quinto maior país em número de celulares do mundo, com mais de 109 milhões de aparelhos, com dados de 2021<sup>32</sup>.

#### 4 O CASO PARADIGMÁTICO DE MARIA DA PENHA. A INSTITUIÇÃO DA LEI E A INCLUSÃO DE MEIOS DIGITAIS COMO ESPAÇOS PASSÍVEIS DE VIOLÊNCIA

A cearense Maria da Penha Maia Fernandes, natural de Fortaleza-CE, nascida em 1º de fevereiro de 1945, possuiu uma surpreendente história. Sua luta deu origem à famosa lei de proteção às mulheres no Brasil. Sua forte experiência é muito bem exposta por meio do livro de autobiografia escrito por ela: “Sobrevivi... Posso Contar”<sup>33</sup>. Por diversas vezes, Maria da Penha foi vítima de agressões por parte de seu ex-companheiro, o colombiano Marco Antônio Heredia Viveros. Iniciaram o namoro em 1974 e celebraram casamento no ano de 1976<sup>34</sup>.

O caráter amável, polido e educado do esposo mudou bastante com o passar do tempo, sobretudo depois do nascimento da filha e da conquista da cidadania brasileira. A agressividade não se restringia à esposa, mas também à filha, que era vítima dos arroubos explosivos do pai. A tensão crescia e qualquer situação poderia deflagrar algo pior.

No ano de 1983, o marido tentou matar Maria da Penha em duas ocasiões. Na primeira, o marido atirou nas costas dela, enquanto dormia. Em decorrência da agressão, ficou paraplégica, devido à irreversíveis lesões nas vértebras torácicas, laceração na dura-máter e destruição de um terço da medula à esquerda, além, evidentemente, de

31 BOLAÑO, César Ricardo Siqueira; REIS, Diego Araujo. Banda larga, cultura e desenvolvimento. *Nova Economia [online]*, v. 25, n. 2, p. 387-402, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-6351/2090>. Acesso em: 8 fev. 2022. ISSN 1980-5381.

32 SOUZA, Karina. Brasil é um dos cinco países com maior número de celulares, mostra ranking. *Revista Exame*, 15 ago. 2021. Disponível em: <https://exame.com/pop/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-celulares-mostra-ranking/#:~:text=Para%20ter%20uma%20ideia%2C%20um,n%C3%BAmero%20de%20usu%C3%A1rios%20desses%20aparelhos>. Acesso em: 25 jan. 2022.

33 PENHA, Maria da. *Sobrevivi... Posso contar*. Fortaleza: Armazém da cultura, 1994.

34 PEREIRA, Moacir. Só existe uma versão para o fato: ele realmente tentou matar Maria da Penha, diz MP-SC. *Ndmais*, 01 set. 2021. Disponível em: <https://ndmais.com.br/politica-sc/so-existe-uma-versao-para-o-fato-ele-realmente-tentou-matar-maria-da-penha-diz-mp-sc/>. Acesso em: 25 jan. 2022.

transtornos, traumas e complicações físicas e psicológicas.

O Sr. Marco Antônio Heredia Viveros declarou à polícia que tudo não passou de uma tentativa de resistência a um assalto, culminando em um acidente de disparo. A perícia, posteriormente, desmentiria essa versão.

Apenas quatro meses depois, no mesmo ano de 1983, depois que Maria da Penha voltou de duas cirurgias, ele a manteve em cárcere privado por quinze dias e, por fim, tentou matá-la novamente, desta vez, por meio de choques elétricos enquanto tomava banho<sup>35</sup>.

Apoiada por familiares e amigos, fez o possível para sair de casa, sem que fosse configurado o abandono do lar. Seu temor era perder a guarda das filhas. Uma vez livre e com suas filhas, Maria da Penha começaria uma nova fase. Iniciou, neste momento, uma verdadeira saga de busca por justiça. Quase tão revoltante quanto suas sequelas de agressões foi o descaso, a demora processual e as verdadeiras consequências do processo criminal que moveu.

Para começar, o primeiro julgamento do esposo só ocorreu oito anos após o crime, em 1991<sup>36</sup>. Embora tivesse sido sentenciado a 15 anos de prisão, mediante recurso prolatado pela defesa, saiu do fórum em liberdade. A defesa conseguiu que fosse realizado um novo julgamento. Marco Antônio teve êxito em reduzir a pena para dez anos e seis meses de prisão. Mesmo com essa condenação, seu advogado conseguiu alegar irregularidades que impediram o cumprimento da sentença.

Diante da impunidade, Maria da Penha viu-se obrigada a procurar o Centro para Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Esses órgãos entraram com uma denúncia do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), recebendo a numeração do “Caso 12.051”<sup>37</sup>.

O Estado Brasileiro, depois de receber quatro ofícios da CIDH/OEA, entre os anos de 1998 e 2001, foi finalmente responsabilizado por negligência, omissão e injustificada tolerância à violência doméstica para com mulheres do Brasil<sup>38</sup>. Dado esse vexame internacional, e após as recomendações do órgão internacional, nosso país, em 7 de agosto

---

35 BORGES, Lanna. **A Lei Maria da Penha completa 15 anos e a CMULHER comemora os avanços na legislação**. Comissão dos Direitos da Mulher. Câmara Legislativa. 06 ago. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/noticias/a-lei-maria-da-penha-completa-15-anos-e-a-cmulher-comemora-os-avancos-na-legislacao#:~:text=Quando%20voltou%20do%20hospital%2C%20Maria,uma%20segunda%20tentativa%20de%20feminic%C3%ADdio>. Acesso em: 25 fev. 2022.

36 INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Quem é Maria da Penha?** 2018. Disponível em: <https://www.institutomaria-dapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html#:~:text=o%20primeiro%20julgamento%20de%20Marco,saiu%20do%20f%C3%B3rum%20em>. Acesso em: 25 fev. 2022.

37 CIDH/OEA. **Relatório anual 2000**. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 4 abr. 2001.

38 ATHIAS, Gabriela. OEA condena Brasil por violência doméstica. **Folha de São Paulo**, 06 maio 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0605200109.htm#:~:text=Paulo%20%2D%20Direitos%20humanos%3A%20OEA%20condena,dom%C3%A9stica%20%2D%2006%2F05%2F2001&text=A%20cearense%20Maria%20da%20Penha,de%20%20C3%AA%2Ddia%20deixado%20parapl%C3%A9gica>. Acesso em: 25 fev. 2022.

de 2006, instituiu a Lei 11.340/2006, que levaria o nome da própria Maria da Penha<sup>39</sup>.

A nova lei trouxe a previsão legal de assistência à mulher em situação de violência, medidas protetivas de urgência, apoio policial, assistência judiciária, atendimento multidisciplinar, criação de juizados especializados no combate à violência doméstica, exigiu o comparecimento do agressor a programas de recuperação<sup>40</sup>. Além de afastar do agressor a possibilidade de substituição da pena, que geralmente culminava em alguma prestação pecuniária ou de serviço à comunidade, favoreceu a reclusão dos réus e a obrigatoriedade de acompanhamento psicossocial do agressor. Alterações recentes da lei estão prevendo a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelos custos dos serviços de saúde prestados às vítimas<sup>41</sup>. Instituiu a presença obrigatória do Ministério Público em questões de natureza de violência doméstica, e alterou muitas disposições do Código de Processo Penal e Civil, que beneficiaram muito a mulher. Exemplo disso é a instituição do domicílio da mulher como o foro de competência para processamento de ação de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável. Mais que isso, instituiu o próprio Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher como o local de competência para processamento de tais ações, não mais, necessariamente, tendo que levar a questão para varas de família, resolvendo a questão com mais celeridade<sup>42</sup>. Atribuiu prazos curtos para a resposta das autoridades competentes e, segundo o informativo 825 do Supremo Tribunal Federal, a Segunda Turma afastou a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos casos de violência doméstica, conforme RHC 133043/MT, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, em 10 maio de 2016<sup>43</sup>.

Por tratar-se de uma lei nascida no século XXI, em 2006, a Lei Maria da Penha já nasceu sobre um tímido progresso dos meios de comunicação como a ascensão dos e-mails, o surgimento da expansão da telefonia celular e o engatinhar das redes sociais. Atento a isso, o legislador inseriu no artigo 22, inciso III, alínea “b”, a proibição da conduta do agressor de manter contato com a ofendida, seus familiares e testemunha por qualquer meio de comunicação.

A tecnologia avançou muito de 2006 até a contemporaneidade. O crescimento tecnológico do mundo digital e virtual foi exponencial. Com ele, novos crimes de *internet*

---

39 BRASIL. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Lei Maria da Penha).

40 *Ibid.*, 2006.

41 AGÊNCIA SENADO. Nova lei obriga agressor doméstico a ressarcir SUS por atendimento a vítimas. **Senado notícias**, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/18/nova-lei-obriga-agressor-domestico-a-ressarcir-sus-por-atendimento-a-vitimas>. Acesso em: 25 fev. 2022.

42 AGÊNCIA SENADO. Lei prevê competência dos juizados de violência contra a mulher para ações de divórcio. **Senado notícias**, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/lei-preve-competencia-dos-juizados-de-violencia-contra-a-mulher-para-aco-es-de-divorcio>. Acesso em: 25 fev. 2022.

43 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**: RHC 133043. MS – Mato Grosso do Sul. 0001452-97.2016.1.00.0000.

ascenderam, ressaltando a necessidade de modernização da própria Lei Maria da Penha e da tecnologia adequada a inibir tais condutas perniciosas. Mais especificamente sobre o tema da aplicação das tecnologias em prol da defesa das mulheres, trataremos mais pormenorizadamente no próximo tópico em destaque.

## 5 A UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA CONTEMPORANEIDADE

Do ano de 2006 em diante, data da instituição da Lei Maria da Penha, a tecnologia progrediu bastante. A utilização de novos mecanismos de transmissão de dados em banda larga transformou a utilização dos meios virtuais, possibilitando um tráfego de dados muito maior<sup>44</sup>. Como resultado, vídeos, fotos, arquivos, programas passaram a ser encaminhados com muito mais velocidade e acessibilidade.

Um microfone, por exemplo, é um mero instrumento tecnológico. A técnica de amplificação de voz é, por si mesma, neutra. A destinação do instrumento, entretanto, é que definirá o uso bom ou ruim. O microfone foi utilizado por Martin Luther King Jr.<sup>45</sup>, em defesa dos direitos civis dos negros marginalizados e vítimas de preconceito, assim como foi usado, também, por Adolf Hitler para insuflar multidões contra raças consideradas como inferiores pelo Terceiro Reich<sup>46</sup>. A técnica é neutra. A utilização da técnica é que pode ser eivada de paixões, ideologias, bondade ou perversidade. A *internet*, como mais um recurso técnico, também passa pela mesma situação. É possível obter ganhos, progressos e desenvolvimento com ela, mas também pode disseminar o ódio, falsas informações e, inclusive, agressão contra pessoas, notadamente mulheres.

Diante disso, é fundamental fazer com que a legislação brasileira avance proporcionalmente à velocidade com que as transformações tecnológicas progridem. Exemplificativamente, nesse sentido, a Lei nº 13.836 de 2019, alterou a Lei Maria da Penha e o Código Penal Brasileiro para incluir o artigo 216-B, considerando crime específico de “exposição da intimidade sexual”, por intermédio de registro não autorizado da intimidade sexual<sup>47</sup>. O artigo prevê a detenção de seis a um ano e multa para quem produzir, fotografar, filmar ou registrar por qualquer meio, sobretudo o virtual, conteúdo com

---

44 BOLAÑO, César Ricardo Siqueira; REIS, Diego Araujo. Banda larga, cultura e desenvolvimento. *Nova Economia [online]*, v. 25, n. 2, p. 387-402, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-6351/2090>. Acesso em: 8 fev. 2022. ISSN 1980-5381.

45 TRISTÃO, Isadora. Martin Luther King – Biografia, luta contra segregação racial e discurso. *Conhecimento Científico*, 13 set. 2019. Disponível em: <https://conhecimentocientifico.com/martin-luther-king/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

46 ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. **Terceiro Reich**: Visão Gera. Espectadores Alemães de um Comício Nazista em Berlim. United States Holocaust Memorial Museum. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/third-reich-an-overview>. Acesso em: 25 fev. 2022.

47 BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

cena de nudez, ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

O Estado, a legislação e o mercado devem buscar fomentar boas experiências de utilização do meio virtual, assim como deve desestimular, com punições, o uso criminoso das redes. A exposição de vídeos íntimos na *internet* é apenas um exemplo relacionado à evolução legal e tecnológica pela qual a Lei Maria da Penha teve que necessariamente passar.

Antes de elencarmos os mecanismos tecnológicos, que podem colaborar com o combate à violência doméstica, é preciso destacar os principais aportes bibliográficos dos temas que já abordamos anteriormente, e os que abordaremos posteriormente. Dentro desta perspectiva, devemos ressaltar os principais autores que serviram de fundamentação teórica na construção desta investigação científica. É bastante interessante perceber que os livros que abordam a Lei Maria da Penha, e a violência doméstica de forma específica, como por exemplo o livro “Violência Doméstica”, de Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti<sup>48</sup>, e o livro “Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha; resposta ao clamor silencioso das vítimas da violência doméstica”, de Juliana Gonçalves Leitão<sup>49</sup>, geralmente dedicam parte relevante de sua produção ao importante princípio constitucional da igualdade, que encontra seu fundamento sobretudo na dignidade da pessoa humana, no sentido indispensável de promoção da igualdade entre os gêneros, na luta contra o preconceito e a discriminação, desigualdades sociais e combate à violência doméstica. Nesse sentido, é leitura indispensável também, o aporte doutrinário de Paulo Bonavides, em seu “Curso de Direito Constitucional”<sup>50</sup>, ao reconhecer que os direitos de segunda geração( ou dimensão, como ressalta Willis Santiago Guerra Filho<sup>51</sup>, tendo em vista que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas, tornando-se talvez um termo mais apropriado), que tratam dos direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos ou de coletividades, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”<sup>52</sup>. Lembra que para além da igualdade meramente formal de tratar todos de forma igual perante a lei, proibindo atos discriminatórios por parte do Poder Público, existe a busca pela igualdade material que implica na necessidade de políticas públicas tendentes a mitigar as

---

48 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil**. Edições Jus Podium. Salvador: 2007, pp. 110 a 116.

49 LEITÃO, Juliana Gonçalves. **Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha; resposta ao clamor silencioso das vítimas da violência doméstica**. Editora DIN.CE. Fortaleza: 2009, pp. 41 a 45.

50 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª Edição – São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 578.

51 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.43.

52 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. *Op. cit.*, p. 578.

desigualdades de fato. Igualdade e justiça devem caminhar juntas. As autoras citadas ressaltam as limitações históricas impostas às mulheres do ponto de vista profissional, eleitoral, além das agressões reiteradas que sofrem<sup>53</sup>.

Sobre os procedimentos e medidas cautelares, sobretudo medidas protetivas de urgência em benefício das mulheres, utilizamos aportes doutrinários de autores como Eugênio Pacelli, em seu “Curso de Processo Penal”<sup>54</sup>, sobretudo em sua reflexão sobre a necessidade de participação do Ministério Público, seja nos casos em que deva atuar como parte, ou seja nos casos em que deva atuar como *custos legis*, em situações relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher. Em caso de descumprimento dessas medidas protetivas, cabe a contribuição doutrinal de Julio Fabbrini Mirabete, em seu “Código de Processo Penal interpretado”<sup>55</sup>, em que afirma ser possível a prisão do réu, seja pelo estado de flagrância ao ser encontrado descumprindo ordem judicial decorrente de medida protetiva em prol de vítima beneficiada, ou seja por prisão preventiva, uma vez que fique comprovada sua admissibilidade pelos indícios da autoria do crime, do interesse da ordem pública ou instrução criminal, ou a efetiva aplicação da lei penal.

Especificamente sobre a aplicação de tecnologias de controle e do monitoramento eletrônico, destacamos os aportes doutrinários de Rogério Greco, tanto em seu livro “Curso de Direito Penal, Parte Geral”<sup>56</sup>, como em seu artigo “Monitoramento Eletrônico”<sup>57</sup>, abordando as origens da utilização dessas ferramentas na efetividade da norma penal como, também, na classificação das três gerações dessas tecnologias. A aplicação de recursos eletrônicos em apoio às vítimas em tempos de restrições sanitárias, por se tratarem de temática muito recente, tem como aporte principal artigos científicos ou dados fornecidos em site oficiais. O essencial é buscar superar as limitações de recurso material e humano por parte do Estado, dentro da ótica da reserva do possível. Os meios tecnológicos atuais podem ajudar a suprir a impossibilidade de onipresença do Estado na capacidade de proteção às vítimas de violência doméstica. Apresentaremos, discriminadamente, elementos tecnológicos que estão a serviço da efetividade da aplicação da Lei Maria da Penha.

---

53 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil**. *Op. cit.*, pp. 116 a 120.

54 PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, pp. 782 a 789.

55 MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.p. 59 e 60.

56 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13ª Edição. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 514 a 522.

57 GRECO, Rogério. Monitoramento eletrônico. Conexão Acadêmica. Disponível em: [https://unignet.com.br/wp-content/uploads/CA\\_05.pdf](https://unignet.com.br/wp-content/uploads/CA_05.pdf), acesso em: 31 de mar. de 2022.

## 5.1 O botão de pânico

Dentro da perspectiva de celeridade na presença policial em socorro às vítimas de violência doméstica, uma importante ferramenta tecnológica passou a estar disponível no estado de Santa Catarina. Conforme notícia do Conselho Nacional de Justiça, de 12 de setembro de 2020, um botão de pânico<sup>58</sup>, com exclusividade para mulheres com medidas protetivas deferidas pelo judiciário, ficou à disposição de 645 vítimas. Além de socorrer o chamado com a devida celeridade, uma vez acionado o botão, visitas preventivas passam a ser frequentes. A vítima recebe mais informações e fica sob monitoramento policial mais efetivo.

Após o acionamento do botão de pânico, o agressor também receberá visitas e será monitorado. A presença ostensiva dos policiais é complementada por orientações, e é ressaltado o caráter de proibição de sua permanência em zona de exclusão. Se tal zona for violada, a polícia militar passa a ficar em alerta e a vítima recebe informação de que tal visita ao agressor ocorreu.

Em tempo real, o botão de pânico aciona a viatura mais próxima do local em que a vítima esteja. A desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ressalta a importância da expansão do modelo de botão de pânico e a necessidade de disseminação do projeto<sup>59</sup>.

No mesmo sentido, o Governo do Estado do Ceará, como um projeto piloto, também iniciou tratativas de um aplicativo de celular para a celeridade das medidas protetivas, com a mesma finalidade de “botão de pânico”<sup>60</sup>. O nome do aplicativo é AMIGAVV (Aplicativo de Monitoramento Intensivo, Guarnição e Acompanhamento a Vítimas da Violência)<sup>61</sup>. O lançamento desse aplicativo ocorreu no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no dia 07 de novembro de 2017. Valendo-se da rede de *internet* do celular e da localização via GPS do aparelho, a polícia chega ao local da situação de perigo. Para o cadastro, a usuária deve dirigir-se a uma unidade de Juizado da Violência Doméstica e familiar Contra a Mulher. Uma vez verificado que há medidas protetivas em seu favor, é realizado um cadastro e o aplicativo é fornecido. Um detalhe importante do aplicativo

---

58 CNJ. **Mais de 600 mulheres vítimas de violência doméstica utilizam botão do pânico em SC**. 12 set. 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/645-vitimas-de-violencia-domestica-com-medida-protetiva-do-pjsc-utilizam-botao-do-panico>. Acesso em: 28 jan. 2022.

59 TJSC. **645 Vítimas de violência doméstica com medida protetiva do ppsc utilizam botão de pânico. Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, 02 out. 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/645-vitimas-de-violencia-domestica-com-medida-protetiva-do-pjsc-utilizam-botao-do-panico>. Acesso em: 28 jan. 2022.

60 VANDSON, Giuliano. **Governo do Ceará lança aplicativo para dar celeridade às medidas protetivas**. 8 nov. 2017. Disponível em: <https://ww4.ceara.gov.br/2017/11/08/governo-do-ceara-lanca-aplicativo-para-dar-celeridade-as-medidas-protetivas/>, acesso em 28 de janeiro de 2022.

61 TJCE. **Aplicativo que auxilia vítimas de violência doméstica será lançado no TJCE nesta terça-feira. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**, 06 nov. 2017. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/aplicativo-que-auxilia-vitimas-de-violencia-domestica-sera-lancado-no-tjce-nesta-terca-feira/>. Acesso em: 28 de jan. 2022.

é que para ele ser acionado, o botão de pânico deve ser pressionado por três segundos, com o objetivo de evitar algum disparo acidental.

Ressalte-se, por oportuno, que há aplicativos que fazem com que o aparelho celular também possa iniciar, automaticamente, um sistema de gravação do áudio ambiente, que fica armazenado e pode, inclusive, ser usado judicialmente contra o agressor. Os aplicativos visam utilizar o máximo de recursos tecnológicos possíveis dos *smartphones* para oferecer elementos de combate à violência doméstica<sup>62</sup>.

## 5.2 A sincronização do monitoramento por tornozeleiras eletrônicas

Rogério Greco descreve a interessante forma de como surgiu a monitoração eletrônica. Jack Love, um juiz do Estado do Novo México, nos EUA, inspirado por uma revista de histórias em quadrinhos, uma edição da revista *Amazing Spider-Man*, de 1977, onde o personagem conhecido como rei do crime havia prendido um bracelete ao homem-aranha, a fim de monitorar seus passos pelas ruas de Nova York, resolveu procurar seu amigo Mike Gross, um técnico em eletrônica e informática, para produzir um receptor capaz de ser fixado ao pulso. O primeiro a testar a tecnologia foi o próprio juiz em si mesmo. Observando que a tecnologia funcionava, em 1983, fez testes em cinco réus. Bem sucedido, o sistema foi expandido<sup>63</sup>.

Uma das mais relevantes informações para conter as agressões domésticas contra as mulheres é a localização do réu. O acompanhamento do agressor é fundamental para o sucesso do cumprimento das medidas protetivas. Nesse sentido, nos casos em que o acusado passa a ser obrigado a utilizar a tornozeleira eletrônica, por monitoramento a distância, os órgãos de proteção passam a ter informações valiosas e privilegiadas.

Além disso, a imposição de medidas protetivas que determinam uma distância mínima, em metros, de afastamento obrigatório do réu em relação à vítima, ou em relação à residência da mulher ficam mais eficazmente satisfeitos com o auxílio da tecnologia. Cria-se a chamada “zona de exclusão”. Tal zona já fica geralmente registrada no que diz respeito à casa da vítima. Porém, com o auxílio dos aplicativos de natureza de “botão de pânico”, a localização em tempo real dos *smartphones* podem ser de grande utilidade, no sentido tornar a zona de exclusão mais complexa, conforme explicamos no tópico anterior.

---

62 SILVA, Elza. **Botão de pânico, dispositivo de segurança que ajuda a proteger mulheres vítimas de violência doméstica completa 6 anos**. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. 17 abr. 2019. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/botao-do-panico-dispositivo-de-seguranca-que-ajuda-a-protoger-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-completa-6-anos/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

63 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. *Op. cit.*, p. 516.

### 5.3 A utilização da tecnologia para evitar solução de continuidade do serviço de proteção às mulheres em decorrência da COVID19

O surgimento da pandemia de SARS-CoV-2 mudou, radicalmente, os hábitos da humanidade. Porém, seu impacto sobre a violência doméstica contra as mulheres foi assustadoramente agressivo<sup>64</sup>, por duas razões. Primeiro, houve um substancial aumento no número de casos, tendo em vista que as pessoas ficaram confinadas em casa, facilitando conflitos e agressões por parte de pessoas que já apresentavam histórico de violência doméstica. Segundo, o mundo do trabalho buscou alternativas viáveis para continuar, mas evitando contato entre pessoas. A efetividade das medidas protetivas passou por dificuldades, uma vez que os membros do Poder Judiciário, as forças policiais e os serventuários da justiça tiveram que se adaptar a essa nova realidade. Não é preciso dizer que essa adaptação levou tempo.

Com o número de casos aumentando e a dificuldade na coibição da violência, o agravamento foi inevitável. O Estado precisava dar uma resposta, e a tecnologia poderia estar a serviço das alterações que se faziam necessárias. Entretanto, como ressaltamos, a tecnologia e a legislação deveriam caminhar juntas. Projetos de lei como o PL 1595/2020 visam, em um futuro próximo, regulamentar melhor a intimação judicial por meio de mensagem de aplicativos<sup>65</sup>. A prática de intimações por meios virtuais já vem acontecendo desde 2017 por determinação do CNJ, porém, é necessário ainda conferir mais segurança jurídica a esses atos. Sem dúvida, a intimação mais célere do réu agressor de mulheres poderá auxiliar para mais celeridade processual e menor risco de contágio por parte dos servidores públicos e da população em geral, em casos de restrições sanitárias.

Quanto maior for a aplicação da tecnologia e suas funcionalidades, menor será o número de vítimas e de agressões. Em tempos de pandemia, a resolução de problemas sem a presença física de agentes estatais, colabora ainda mais para a proteção das pessoas. Rogério Greco menciona as três gerações de tecnologias de controle, que servem para combater crimes em geral, e crimes relacionados à violência doméstica<sup>66</sup>.

A primeira geração diz respeito a mecanismos que implicam em um sistema ativo (vigilância eletrônica ativa) e o sistema passivo (vigilância eletrônica passiva). Há siste-

---

64 VELOSO, Roberto Carvalho; MAGALHÃES, Tatiana Veloso. A pandemia de COVID19 e suas implicações no âmbito da violência de gênero. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Encontro Virtual, v. 6, n. 2, p. 37-53, 2020. ISSN: 2526-0065.

65 AASP. CNJ – Câmara aprova intimação judicial por aplicativo de mensagens. **Portal AASP**, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/cnj-camara-aprova-intimacao-judicial-por-aplicativo-de-mensagens/#:~:text=1595%2F2020%2C%20que%20autoriza%20a,recurso%20para%20vota%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20Plen%C3%A9rio>. Acesso em: 25 fev. 2022.

66 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. *Op. cit.*, p. 520 a 521.

mas mistos que combinam os dois modelos. A vigilância eletrônica ativa implica em um transmissor em miniatura, fixado no condenado, de modo tal que o réu tenha a obrigação de não o remover. Exemplo: pulseiras, tornozeleiras eletrônicas. Tem como objetivo a transmissão de um sinal para a aferição de sua localização. A vigilância eletrônica passiva é a realizada por meio de um sistema aleatório de chamadas telefônicas, muitas vezes concretizado de forma completamente eletrônica, por computador, previamente programado para tal finalidade. A tecnologia permite que o sistema identifique a voz do monitorado, evitando qualquer tipo de burla, caso o réu entregue o telefone para outra pessoa responder em seu lugar. O sistema informático registra eventuais inconsistências e emite um alerta em casos de incidentes. A desvantagem dessa forma de controle reside no fato de que provoca perturbações até desnecessárias ao indivíduo monitorado, sobretudo durante a noite, mas principalmente a moradores da mesma residência, que não são objeto de nenhum tipo de restrição legal.

A segunda geração tecnológica, implantada, inicialmente, nos EUA a partir de 2000, utiliza a precisão milimétrica do GPS e a triangulação de satélites. Está relacionada à capacidade de não apenas controlar a permanência da pessoa em determinado lugar, mas também gera informações mais precisas, inclusive revelando horários em que o monitorado se deslocou. Pela precisão, tornou capaz a aplicação de zonas de exclusão, disparando um alarme sempre que a pessoa se aproximar de uma região proibida. Essa precisão tecnológica facilita muito o cumprimento de medidas protetivas relacionadas à violência doméstica em tempos normais, mas tona-se mais relevante ainda em tempos de pandemia.

Cabe uma discussão acadêmica relevante sobre a terceira geração tecnológica da monitoração. Ela agrega os avanços das duas anteriores, acrescentando a possibilidade de uma central registrar informações psicológicas, a frequência de pulsação, ritmo respiratório de réus violentos, psicopatas, e até mesmo excitação sexual, em caso de delinquentes sexuais. A tecnologia permitiria, inclusive, até mesmo a aplicação de descargas elétricas, ou abertura de capsula capaz de injetar substância tranquilizante, repercutindo sobre o sistema nervoso central do monitorado. Ressalte-se, por oportuno, que tais procedimentos drásticos não foram implementados, e são até mesmo atentatórios à própria dignidade da pessoa humana<sup>67</sup>. Porém, é possível com bastante reflexão e debate democrático, encontrar avanços tecnológicos que não produzam essas violações, mas forneçam informações valiosas para o combate à violência doméstica, respeitando sempre a ética e os Direitos Humanos.

Seja como for, já dispomos de tecnologia legal e juridicamente aplicável, que possa

---

67 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. *Op. cit.*, p. 522.

servir como mecanismo capaz de evitar solução de continuidade do serviço de proteção às mulheres em decorrência da COVID19<sup>68</sup>. A utilização das tornozeleiras eletrônicas, a localização do réu em tempo real, o acompanhamento via *smartphones* por parte das centrais em apoio às vítimas, e em monitoração dos agressores não apenas colaboram com a não transmissão do vírus SARS-CoV-2, como podem fornecer uma efetividade maior na aplicação da lei Maria da Penha quando, no futuro, as restrições não forem mais necessárias.

## 6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é necessário reconhecer que a efetividade de leis que visem ao combate da violência doméstica contra a mulher, a exemplo da Lei Maria da Penha, passa por desafios enormes. O aumento progressivo do número de casos de violência especificamente de gênero é uma preocupação sobre que as políticas públicas e a comunidade científica devem debruçar-se.

A limitação dos recursos materiais e humanos do Estado é outro desafio que deve ser contornado. Para isso, a utilização de meios tecnológicos que favoreçam a disseminação de informação para as vítimas e a capacidade de coibição de condutas violentas são fundamentais. O progresso tecnológico deve proporcionar um serviço de inteligência estatal capaz de dar a resposta adequada a essa chaga social.

Boas práticas premiadas e experiências bem sucedidas na utilização da tecnologia como o “botão de pânico”, aplicativos, tornozeleiras eletrônicas, intimações remotas, videochamadas, localização por GPS das vítimas e dos agressores, são exemplos de avanços eletrônicos, que possibilitam o enfrentamento da violência de gênero. É preciso que o Estado compreenda que se trata de uma ação contínua de forte necessidade de atualização na legislação, e nos meios tecnológicos que, periodicamente, precisam ser revistos e atualizados em benefício da coletividade.

---

68 VANDSON, Giuliano. **Governo do Ceará lança aplicativo para dar celeridade às medidas protetivas**. 8 nov. 2017. Disponível em: <https://ww4.ceara.gov.br/2017/11/08/governo-do-ceara-lanca-aplicativo-para-dar-celeridade-as-medidas-protetivas/>, acesso em 28 de janeiro de 2022.

# THE USE OF TECHNOLOGICAL INSTRUMENTS IN THE EFFECTIVENESS OF THE ENFORCEMENT OF THE MARIA DA PENHA LAW (LAW N° 11.340/06) IN THE BRAZILIAN CONTEMPORANEITY

## ABSTRACT

The present work addresses the study of the use of technological instruments as mechanisms for the effectiveness of the Maria da Penha Law (Law n° 11.340/2006), with respect to the protection of women victims of domestic violence, with the aim of overcoming the state's material and human deficiencies, ruling out any possibility of police state nonprovision related to the principle of the reserve of the possible. The relevance of the theme is quite significant in view of the data presented in this research, comparing information from before the pandemic of COVID 19 with more recent data that reveal the present situation, in which we still experience health restrictions. The alarming increase in domestic violence cases, especially during pandemic restrictions, justifies an academic, jurisprudential, and doctrinal study. Within this perspective, from a deductive research, with support in bibliographic procedures - books and magazine articles - and documental, it is concluded that elements of technology such as panic buttons, synchronization of the monitoring of electronic ankle bracelets, geolocation of the victim and the aggressor, cell phone applications related to cases of violence, facilitated access to useful information through the internet, technological communication instruments with police authorities and other means can be valuable tools for the effectiveness of the Maria da Penha law.

**Keywords:** Maria da Penha Law; Domestic violence against women; Technologies; Effectiveness in complying with the norm.

## REFERÊNCIAS

AASP.CNJ—Câmara aprova intimação judicial por aplicativo de mensagens. **Portal AASP**. 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/cnj-camara-aprova-intimacao-judicial-por-aplicativo-de-mensagens/#:~:text=1595%2F2020%2C%20que%20autoriza%20a,recurso%20para%20vota%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20Plen%C3%A1rio>. Acesso em: 25 fev. 2022.

AGÊNCIA SENADO. Lei prevê competência dos juizados de violência contra a mulher para ações de divórcio. SENADONOTÍCIAS 11 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/11/lei-preve-competencia-dos>

-juizados-de-violencia-contra-a-mulher-para-aco-es-de-divorcio. Acesso em: 25 fev. 2022.

AGÊNCIA SENADO. Nova lei obriga agressor doméstico a ressarcir SUS por atendimento a vítimas. **Senado notícias**, 18 set. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/18/nova-lei-obriga-agressor-domestico-a-ressarcir-sus-por-atendimento-a-vitimas>. Acesso em: 25 fev. 2022.

ARAÚJO, Tarso. **Qual a diferença entre conexão de internet discada e banda larga?** Super Interessante. Publicado em 18 de abril de 2011, atualizado em 4 de julho de 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-a-diferenca-entre-conexao-de-internet-discada-e-banda-larga/>, acesso em 30 de março de 2022.

ATHIAS, Gabriela. OEA condena Brasil por violência doméstica. **Folha de São Paulo**, 06 maio 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0605200109.htm#:~:text=Paulo%20Direitos%20humanos%3A%20OEA%20condena,dom%C3%A9stica%20%2D%2006%2F05%2F2001&text=A%20cearense%20Maria%20da%20Penha,de%20t%C3%AA%2Dla%20deixado%20parapl%C3%A9gica>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BOLAÑO, César Ricardo Siqueira; REIS, Diego Araujo. Banda larga, cultura e desenvolvimento. **Nova Economia** [online], v. 25, n. 2, p. 387-402, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-6351/2090>. Acesso em: 25 fev. 2022. ISSN 1980-5381.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª Edição – São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 578.

BORGES, Lanna. **A Lei Maria da Penha completa 15 anos e a CMULHER comemora os avanços na legislação**. Comissão dos Direitos da Mulher. Câmara Legislativa. 06 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/noticias/a-lei-maria-da-penha-completa-15-anos-e-a-cmulher-comemora-os-avancos-na-legislacao#:~:text=Quando%20voltou%20do%20hospital%2C%20Maria,uma%20segunda%20tentativa%20de%20feminic%C3%ADdio>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997. Brasília, DF, 1997.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90. São Paulo: Atlas, 1991.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

BRASIL. **Lei N. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Lei dos crimes hediondos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm). Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *In*: SARAIVA. **Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 676-686.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de 07 de abril de 2007**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: [www.presidencia.gov.br/legislacao/](http://www.presidencia.gov.br/legislacao/). Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. (Lei Maria da Penha).

BRILHANTE, Aline; MENDES, Corina; DESLANDES, Suely. **Principais questões sobre a violência contra a mulher na pandemia e após**. Atenção às Mulheres. Encontro com especialistas do IFF/Fiocruz. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-violencia-contra-a-mulher-na-pandemia-e-pos-pandemia/>. Acesso em: 24 jan. 2022.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica Contra a Mulher no Brasil**. Edições Jus Podium. Salvador: 2007, pp. 110-116.

CIDH/OEA. **Relatório anual 2000**. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. Brasil. 4 abr. 2001.

CNJ. **Mais de 600 mulheres vítimas de violência doméstica utilizam botão do pânico em SC**. 12 set. 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/645-vitimas-de-violencia-domestica-com-medida-protetiva-do-pjsc-utilizam-botao-do-panico>. Acesso em: 28 jan. 2022.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. Breve análise do princípio da isonomia. **Institutoprocessus**, 2011. Disponível em: [http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf). Acesso em: 08 fev. 2022.

DE LUCCA, Jamile García. **O crime de tortura na legislação brasileira**. Jus. Publicado outubro de 2017, elaborado em outubro de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61600/o-crime-de-tortura-na-legislacao-brasileira#:~:text=Apesar%20de%20o%20Brasil%20ter,v%C3%A1rias%20atrocidades%20no%20que%20diz>, acesso em: 30 de março de 2022.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. **Terceiro Reich**: Visão Gera. Espectadores Alemães de um Comício Nazista em Berlim. United States Holocaust Memorial Museum. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/third-reich-an-overview>. Acesso em: 25 fev. 2022.

GOGONI, Ronaldo. Entenda a origem do som (ou do barulho) da internet discada. Tecnoblog, 2019 Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/a-origem-do-som-da-internet-discada/>. Acesso em: 08 fev. 2022.

GRAGNANI, Juliana. 11 motivos que levam as mulheres a deixar de denunciar casos de assédio e de violência sexual. **BBC Brasil em Londres**. 13 de outubro de 2017. Dispo-

nível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41617235>. Acesso em: 24 jan. 2022. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13ª Edição. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 514 a 522.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª Ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.43.

IMP. **Quem é Maria da Penha?** Instituto Maria da Penha . 2018. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html#:~:text=o%20primeiro%20julgamento%20de%20Marco,saiu%20do%20f%C3%B3rum%20em%20liberdade>. Acesso em: 25 fev. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA DATA SENADO e OBSERVATÓRIO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Pesquisa Data Senado. jul. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia>. Acesso em: 24 jan. 2022.

LEITÃO, Juliana Gonçalves. **Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha; resposta ao clamor silencioso das vítimas da violência doméstica**. Editora DIN.CE. Fortaleza: 2009, pp. 41 a 45.

LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHIMITT, Stefanie Tomé. Sufrágio universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. **Revista de Sociologia e Política [online]**, v. 27, n. 70, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1678-987319277003>. Acesso em: 25 fev. 2022. Epub 20 Jan 2020. ISSN 1678-9873.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. **Cadernos Pagu [online]**, n. 26, p. 405-430, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-83332006000100016>. Acesso em: 25 fev. 2022. ISSN 1809-4449.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. O Poder Judiciário e o princípio da Reserva do Possível. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 40. abr./jun. 2015, p. 189-212.

MENEGHEL, Stela Nazareth e Portella, Ana Paula. Femicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & Saúde Coletiva [online]**, v. 22, n. 9, p. 3077-3086, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017229.11412017>. Acesso em: 25 fev. 2022. ISSN 1678-4561.

MINISTÉRIO DA MULHER DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentas nos quatro primeiros meses de 2020**. 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020>. Acesso em: 24 jan. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000, pp. 59 e 60.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU: 25% das mulheres a partir de 15 anos são vítimas da violência de gênero. **ONU News**. 09 mar. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/03/1743912>. Acesso em: 24 jan. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2016, pp. 782 a 789.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi...Posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 1994.

PEREIRA, Moacir. Só existe uma versão para o fato: ele realmente tentou matar Maria da Penha, diz MP-SC. **Ndmais**, 01 set. 2021. Disponível em: <https://ndmais.com.br/politica-sc/so-existe-uma-versao-para-o-fato-ele-realmente-tentou-matar-maria-da-penha-diz-mp-sc/>, Acesso em: 25 jan. 2022.

QUEIROZ, Amauri M. *et al.* a progressão de regime e seu contexto histórico: avanço ou retrocesso. **Jonal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Junior**, v. 13 n.1, p. 397- 422, jan./jun. 2021. ISBN 2176 1035.

SILVA, Elza. **Botão de pânico, dispositivo de segurança que ajuda a proteger mulheres vítimas de violência doméstica completa 6 anos**. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. 17 abr. 2019. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/botao-do-panico-dispositivo-de-seguranca-que-ajuda-a-protoger-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-completa-6-anos/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

SOUZA, Karina. Brasil é um dos cinco países com maior número de celulares, mostra ranking. **Revista Exame**. 15 ago. 2021. Disponível em: <https://exame.com/pop/brasil-e-um-dos-cinco-paises-com-maior-numero-de-celulares-mostra-ranking/#:~:text=Para%20ter%20uma%20ideia%2C%20um,n%C3%BAmero%20de%20usu%C3%A1rios%20desses%20aparelhos>. Acesso em: 24 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus**: RHC 133043. MS – Mato Grosso do Sul. 0001452-97.2016.1.00.0000.

TJCE. Aplicativo que auxilia vítimas de violência doméstica será lançado no TJCE nesta terça feira. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. 06 nov. 2017. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/aplicativo-que-auxilia-vitimas-de-violencia-domestica-sera-lancado-no-tjce-nesta-terca-feira/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

TJSC. 645 Vítimas de violência doméstica com medida protetiva do pisc utilizam botão de pânico. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, 02 out. 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/645-vitimas-de-violencia-domestica-com-medida-protetiva-do-pjsc-utilizam-botao-do-panico>. Acesso em: 28 jan. 2022.

TRIGO, Luiz Gonzaga Godoi. As milenares origens do preconceito de gênero. Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Turismo – ANPTUR. Professor titular da escola de artes, ciências e humanidades da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.anptur.org.br/anais/anais/files/11/11.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

TRISTÃO, Isadora. Martin Luther King – Biografia, luta contra segregação racial e discurso. **Conhecimento Científico**, 13 set. 2019. Disponível em: <https://conhecimentocientifico.com/martin-luther-king/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

VANDSON, Giuliano. **Governo do Ceará lança aplicativo para dar celeridade às medidas protetivas**. 8 nov. 2017. Disponível em: <https://ww4.ceara.gov.br/2017/11/08/governo-do-ceara-lanca-aplicativo-para-dar-celeridade-as-medidas-protetivas/>. Acesso em: 28 jan. 2022.

VELOSO, Roberto Carvalho; MAGALHÃES, Tatiana Veloso. A pandemia de COVID19 e suas implicações no âmbito da violência de gênero. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Encontro Virtual, v. 6, n. 2. p. 37- 53, 2020. e-ISSN: 2526-0065.



GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL DE  
RESÍDUOS SÓLIDOS: LEGISLAÇÃO  
FEDERAL, DIAGNÓSTICO FRENTE AO  
CENÁRIO ATUAL E MECANISMOS DE  
ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

*THE MUNICIPAL MANAGEMENT OF SOLID WASTE:  
LEGISLATION, DIAGNOSIS OF PROBLEMS IN THE  
CURRENT SCENARIO AND THE MECHANISMS OF  
OPERATION OF THE PUBLIC ADMINISTRATOR*



# GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: LEGISLAÇÃO FEDERAL, DIAGNÓSTICO FRENTE AO CENÁRIO ATUAL E MECANISMOS DE ATUAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO<sup>1</sup>

*THE MUNICIPAL MANAGEMENT OF SOLID WASTE: LEGISLATION, DIAGNOSIS OF PROBLEMS IN THE CURRENT SCENARIO AND THE MECHANISMS OF OPERATION OF THE PUBLIC ADMINISTRATOR*

*Alexander Mota Pinheiro<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de apresentar um diagnóstico razoável dos problemas atuais na gestão municipal dos resíduos sólidos, ao mesmo tempo, analisar, dentro da legislação pertinente, os mecanismos e políticas previstos para a solução desses problemas, tais como a implementação de sistema de logística reversa, fiscalização de atividades potencialmente nocivas ao meio ambiente, adoção de aterros sanitários, em substituição aos antigos “lixões”, além de investimento em educação ambiental da população. O administrador público municipal brasileiro conta com a possibilidade de realizar convênios com associações de catadores, implantação de coleta seletiva, formalização de consórcios públicos para a construção de aterros sanitários, sem olvidar os programas previstos em bancos estatais, e auxílios do Ministério do Meio Ambiente. As opções de abordagem dos problemas relativos ao saneamento básico são várias, cabendo ao administrador municipal uma atitude proativa e sempre dentro da legalidade.

**Palavras-chave:** Gestão pública; Resíduos sólidos; Legislação.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 11/01/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Notário e Registrador do TJCE [2011-...], ex-assessor jurídico do TJCE, ex-advogado, lecionou nos Cursos de Direito da FaC [2007-2018], e da URCA [2017-2019]. Esp. em Direito Tributário (Unifor) e Processo Civil (ESA/UECE), MBA em Administração Pública (Estácio de Sá). Concluindo MBA em Gestão de Negócios pela USP-Esalq. E-mail: cartorio.alexandermota@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8696689646028691>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2292-3928>. Cel: (88)998729566.

# 1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho científico é de analisar o presente panorama das políticas públicas municipais de resíduos sólidos, em cotejo com os desafios para o planejamento e a execução dessas mesmas políticas públicas, tendo em consideração os marcos regulatórios em vigor, e os recursos disponíveis para a concretização das metas estabelecidas na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

Para o desenvolvimento do tema, foi feita, essencialmente, pesquisa bibliográfica e incursão na legislação pertinente, assim como busca de fontes estatísticas que pudessem ilustrar as dificuldades na implementação das políticas públicas em defesa de um meio ambiente mais saudável e sustentável.

O método usado foi o dedutivo, conforme se procedeu ao estudo de uma hipótese generalizadora de que a ausência de políticas públicas municipais, para a gestão dos resíduos sólidos, conduz a consequências graves para a saúde da população, inclusive, com prejuízos reflexos para o meio ambiente.

Dos marcos referenciais teóricos e documentais mais importantes para a consecução do objetivo de demonstrar os mecanismos de atuação dos municípios na esfera da gestão ambiental, destacam-se a Lei nº 12.305/2010, conhecida como a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), o compêndio GESTÃO AMBIENTAL, Responsabilidade Social e Sustentabilidade, de autoria de Reinaldo Dias, e a obra coletiva POLÍTICA NACIONAL, GESTÃO E GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, organizada por Arnaldo Jardim, Consuelo Yoshida e José Valverde Machado Filho.

A opção pelo assunto guarda estreita relação com a preocupação em torno da implementação de políticas ambientais sustentáveis, que possam minimizar ou resolver os problemas acarretados pela falta de saneamento básico, pela omissão de providências administrativas no tocante à destinação e disposição final dos resíduos sólidos, e à fiscalização dos particulares na questão do descarte de resíduos e rejeitos oriundos do consumo e dos processos de produção das indústrias.

A importância do tema enfocado está íntima e profundamente relacionada à garantia do bem-estar e conservação da espécie humana, já que um meio ambiente desequilibrado constitui sério risco à sustentabilidade das futuras gerações, como já reiteradamente reconhecido por abalizados estudos científicos.

## 2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE NO MUNDO

O debate sobre a necessidade de políticas públicas e a iniciativa de instituições privadas em favor da proteção do meio ambiente remonta à década de 60, quando as consequências nocivas da Revolução Industrial mostravam-se evidentes, mercê da constatação de numerosas áreas degradadas, aumento da temperatura do planeta, deterioração da camada de ozônio, largo desmatamento florestal, extinções da fauna, entre outras ameaças à natureza.

O primeiro grande evento mundial sobre o meio ambiente foi a Conferência da UNESCO, realizada em Paris, entre 9 e 19 de novembro de 1971, oportunidade em que os participantes “reconheceram a necessidade de se estabelecer uma cooperação científica internacional para se conceber e aperfeiçoar um plano de utilização racional e conservação dos recursos naturais da biosfera” (DIAS, 2019, p. 19).

Segundo Dias, a Conferência de Estocolmo de 1972 “tornou-se um fórum de debates entre diferentes posições dos países do Norte e do Sul” (DIAS, 2019, p. 21). Na ocasião, os países desenvolvidos propugnaram a limitação do desenvolvimento econômico dos países subdesenvolvidos, como mecanismo para preservar os recursos naturais.

O saldo positivo de tais conferências foi o de contribuir para o estabelecimento de marcos normativos institucionais, tanto no âmbito da ONU, quanto nos Estados nacionais.

Na década de 80, a ONU criou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, cujo relatório Brundtland, de 1987, constituiu um importante passo na conscientização mundial, na medida em que formalizou o conceito de desenvolvimento sustentável, ora verificado: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.” E acrescenta, *ipsis litteris*: “Um mundo onde a pobreza e a desigualdade são endêmicas estará sempre propenso à crises ecológicas, entre outras...”<sup>3</sup>.

Em 1992, 179 países reuniram-se no Rio de Janeiro (RIO92) para discutir temas como o desenvolvimento sustentável, as mudanças climáticas, e a gestão de florestas. O seu documento mais importante foi o Agenda 21, segundo o qual o desenvolvimento sustentável passa pelas vertentes econômica, social e ambiental (DIAS, 2019).

Em 1997, pelo Protocolo de Kyoto, os países desenvolvidos deveriam cortar suas emissões de gases para baixo dos níveis de 1990 (DIAS, 2019). Na COP21, o primeiro acordo climático global da história, alcançado em 2015, em Paris, foi

---

3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>> Acesso em: 12 de jan de 2021.

limitado ao aumento das temperaturas a 1,5 graus em comparação com a era pré-industrial (DIAS, 2019).

O documento mais recente da ONU nesse contexto é a Agenda 2030, que erige 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, dentre os quais destacam-se os de números 06 e 11, o primeiro, consistente em “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos”, e o segundo em “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”.

No Brasil, a legislação ambiental remonta à Lei nº 6.938/1981, que disciplina as diretrizes para a proteção do meio ambiente. Porém, outros diplomas legais sobrevieram, como a LEI DA POLÍTICA NACIONAL DOS RESÍDUOS SÓLIDOS (Lei nº 12.305/2010), que será melhor estudado adiante.

### **3 PANORAMA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL**

Antes de mais nada, impõe-se discernir resíduos sólidos de rejeitos, a fim de se compreender melhor o objeto de nosso estudo.

Os resíduos sólidos constituem a matéria em estado sólido ou semissólido, bem como os gases e os líquidos contidos em recipientes, que ainda podem ser reaproveitados mediante soluções técnicas adequadas, ou seja, podem ser reciclados ou reutilizados. Já os rejeitos, são os resíduos cuja possibilidade de tratamento e recuperação encontra-se exaurida, devendo ser encaminhados para a disposição final, consoante a legislação ambiental (Lei nº 12.305/2010). Portanto, o que é considerado “lixo” pode ter valor, a depender de sua caracterização como resíduo sólido ou rejeito.

O Brasil não foge à regra estabelecida pelos países em desenvolvimento, de manter altas taxas de resíduos sólidos e rejeitos, produtos do processo de industrialização e do elevado nível de consumo que se sucedeu, especialmente após a entrada do século XX.

Para se ter uma ideia da escala de geração de resíduos sólidos urbanos, em 2016, o Brasil totalizou cerca de 78 milhões de toneladas de resíduos, o que corresponde a um aumento de 2% em relação a 2015. Cada brasileiro produziu o total de 1,040kg de resíduos sólidos por dia (LOURENÇO, 2019).

A prática da disposição inadequada dos resíduos sólidos continua firme, malgrado o limite imposto pela Lei nº 12.305/2010 para o fechamento dos “lixões” até julho de 2014. A consequência disso, para os municípios que não se adéquam à legislação ambiental, com a necessária construção de aterros sanitários, e a confecção do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PMGIRS), é a inabilidade de receber recursos federais, para investir em saneamento básico e tratamento do lixo (LOURENÇO, 2019).

A Política Nacional de Resíduos Sólidos determina aos municípios a realização de implantação de políticas, leis e procedimentos relacionados à logística reversa, controle da produção, armazenagem, descarte, coleta, transbordo, tratamento e disposição dos resíduos sólidos. Entretanto é mínimo o percentual que já cumpriu as metas estabelecidas pela lei.

A Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, de 2008, apontou que apenas 18% dos municípios brasileiros ocupavam-se de realizar a coleta seletiva (JARDIM *et al.*, 2014). E para se ter uma ideia da despesa a ser incorrida com os aterros sanitários, a FGV (Fundação Getúlio Vargas) calculou em R\$ 102,00 o custo por tonelada nos aterros de pequeno porte (JARDIM *et al.*, 2014).

Credita-se em grande parte o problema à falta de recursos suficientes aos vultosos investimentos neste segmento de políticas públicas ambientais. Em cidades como Nova Iorque, Paris e Barcelona, os gastos por habitante com os serviços de limpeza urbana pode exceder a três vezes ao realizado nas cidades brasileiras, consoante estudo contratado pelo Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana no Estado de São Paulo (Selur) e realizado pela PriceWaterhouseCoopers. Apenas 46,5% dos municípios brasileiros afirmam realizar a cobrança dos serviços regulares de limpeza urbana, o que confirma a deficiência de recursos aplicados na área (JARDIM *et al.*, 2014).

As políticas públicas de resíduos sólidos são caras e multidisciplinares, uma vez que abrangem metas de universalização do serviço, fechamento de lixões e sua substituição pelos aterros sanitários, capacitação técnica de servidores públicos, promoção da educação ambiental da população, e criação de centros de triagem e reciclagem, que podem ser terceirizados a associações de catadores de lixo, sem necessidade de licitação (Lei 12.305/2010).

As prefeituras precisam, por meio de projetos sérios, buscar empenhar-se com o concurso da sociedade civil, de empresas e ONGs, na campanha pela erradicação dos lixões e no gerenciamento dos resíduos sólidos, inclusive e mormente, a partir da logística reversa<sup>4</sup>, considerado instrumento de desenvolvimento econômico e social, por meio de ações de reaproveitamento, reutilização, valorização energética (usinas de gás metano), compostagem e remanufatura.

Não é um trabalho fácil, mas os países desenvolvidos já provaram que o lixo, uma vez bem tratado, pode compensar significativamente os gastos com os serviços de limpeza urbana, e ser reintegrado à cadeia produtiva, como ocorre nos casos de embalagens plásticas, pneus, vidros, metais e papel.

---

<sup>4</sup> Logística reversa: processo de reintrodução dos resíduos sólidos à cadeia de valor, através de reprocessamento (LOURENÇO, 2019, p. 31).

## 4 LEGISLAÇÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

### 4.1 Constituição Federal

No tocante ao assunto, insta trazer à baila o dispositivo inserto no art. 225, *in verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Tem-se compreendido que o Poder Público engloba todos os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), e nessa dinâmica complexa da estrutura federativa nacional, “ganha espaço o entendimento que reconhece que também o município pode legislar plenamente na ausência das legislações federal e estadual, mediante interpretação sistemática dos arts. 30 e 24 da Constituição Federal” (JARDIM *et al*, 2014, p. 19). Trata-se da competência legislativa concorrente limitada e cumulativa, que garante à União a privatividade das normas gerais, sem retirar o protagonismo dos demais entes que podem suplementar a legislação, naquilo que não se divorciar da normatização federal.

Assim, é facultado aos municípios legislar sobre assuntos locais, de interesse ambiental, dentro das possibilidades elencadas no art. 24, da CF/88, desde que não firam a primazia federal para as normas gerais. Entre os assuntos mais importantes, destacam-se: defesa da fauna e da flora, do patrimônio paisagístico e genético do país, educação ambiental, dano ambiental, preservação da diversidade, etc.

No campo dos resíduos sólidos, abre-se a perspectiva de os municípios prescreverem normas mais restritivas e minudentes em relação ao patamar mínimo nacional de proteção ambiental estabelecido na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010). Nesse sentido, “a jurisprudência do STF: ADIn nº 384-4/PR e RE 286789/RS”, na referência de Jardim (JARDIM *et al.*, 2014, p.23).

Não à toa, o art. 9º da PNRS preconiza, *ipsis litteris*: “As Políticas de Resíduos Sólidos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão ser compatíveis com as diretrizes estabelecidas nesta Lei”. Logo, respeitada a hierarquia própria do regime de competência concorrente limitada, há espaço para enorme contribuição legislativa dos municípios no âmbito da gestão dos resíduos sólidos.

### 4.2 Lei de Defesa do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981)

A legislação ambiental epígrafada foi pioneira no Brasil, tendo o mérito de positivizar o Princípio do Poluidor Pagador, segundo o qual, incumbe ao poluidor a obrigação de

recuperar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente (art. 4º, inc. VII).

Essa lei também teve o condão de criar a obrigatoriedade dos estudos e respectivos relatórios de impacto ambiental (EIA-RIMA).

O Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é um estudo científico feito no âmbito dos procedimentos administrativos de licenciamento ambiental, sempre que a atividade for causadora de significativa degradação, no visio de apresentar os impactos que essa atividade pode ocasionar ao meio ambiente, ao mesmo tempo prevendo alternativas e soluções mitigadoras a estes possíveis danos (CHIUVITE, 2010, p. 64).

Já o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) é o documento que acompanha o EIA, que tem por escopo tecer, em linguagem acessível ao administrador e ao público em geral, comentários sobre o tipo de empreendimento que vai se instalar na região, a fim de servir de base para as discussões e os debates no seio da comunidade, inclusive por meio de audiências públicas, sobre o objeto do EIA.

Regulamentando a matéria atinente ao EIA e ao RIMA encontra-se a Resolução CO-NAMA nº 001/86, que dispõe sobre o conteúdo mínimo do EIA.

Outro mérito da lei em destaque foi o de conceituar no seu art. 3º o termo poluição, o qual, ainda que embrionariamente, faz menção indireta ao tema ora versado, de resíduos sólidos, ao arrolar entre as atividades nocivas ao meio ambiente “as atividades que direta ou indiretamente lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”.

A partir desse diploma legal, nossa legislação ambiental deu um salto qualitativo com a superveniência da Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, sobre a qual adiante se discorre.

#### **4.3 Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei Nº 12.305/2010)**

O diploma legal em questão foi absolutamente revolucionário em termos de regulamentação da matéria atinente aos resíduos sólidos no Brasil, entregando ao administrador público nacional um marco normativo extremamente moderno e audacioso, bastando dar-se como exemplo a fixação de julho de 2014, como data-limite, para a substituição dos lixões pelos aterros sanitários.

O tema, de tão amplo, poderia dar ensanchas a uma monografia independente, porém, para tentar resumi-lo ao máximo possível, expende-se a respeito de pontos chaves, e das novidades trazidas a reboque da lei.

Em primeiro lugar, a PNRS (Política Nacional dos Resíduos Sólidos) tornou expresso o Princípio da Cooperação entre as esferas do Poder Público (art. 6º, VI), enfatizando que a tarefa no alcance das metas da lei não compete a um único setor (Prefeitura Mu-

nicipal), mas é pulverizada por toda a sociedade. Ou seja, a responsabilidade é compartilhada, consoante o art. 6º, verbis: “São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: (omissis) VI - a cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade;”.

Outro princípio importante é o do Protetor-Recebedor (art. 16, § 1º), segundo o qual apenas os entes públicos, que se comportarem de acordo com os programas previstos na lei, como o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, terão acesso aos recursos federais para investimentos no segmento.

A lei definiu o Princípio da Ecoeficiência “como sendo a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados, que satisfaçam às necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais ao nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta (art. 6º, V)” (JARDIM *et al.*, 2014, p. 50).

Outra previsão importante diz respeito ao Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos cujo conteúdo mínimo abrange metas de redução de rejeitos, reutilização de resíduos, coleta seletiva e reciclagem, disposição ambientalmente adequada (art. 19, XIV).

Uma das formas de aplicação dessas metas pelo administrador público, é por exemplo, aplicar recursos, em consórcio com associação de catadores, na reciclagem do lixo doméstico, construindo-se ECOPONTOS para recolhimento do material já separado pelas famílias, e posterior encaminhamento aos centros de triagem. O lucro poderia ser distribuído entre os participantes do consórcio.

Por fim, embora ainda longe de esgotar o tópico, tem-se a previsão do Princípio do Direito da Sociedade ao Controle Social, conceituado pela Lei nº 12.305/2010 como “o conjunto de mecanismos e procedimentos que garantam à sociedade informações e participação nos processos de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas relacionadas aos resíduos sólidos” (art. 3º, VI). Conselhos de meio ambiente poderiam ser criados com o objetivo de possibilitar a concretização deste princípio.

Como dito, a lei vai muito além do ora estudado, e comportaria estudo à parte.

#### **4.4 Marcos Regulatórios do Saneamento Básico (Lei Nº 11.445 E Lei Nº 14.026/2020)**

O PNRS foi elaborado em consonância com a Política Nacional de Saneamento Básico (PNSB), estatuído na Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico no país, e prevê o conjunto de equipamentos mínimos, a título de infraestrutura e instalações operacionais a serviço do saneamento básico, a saber: abastecimento de água potável, esgoto sanitário, limpeza urbana e manejo

dos resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (IBRAHIN & BARBOSA, 2019).

A questão dos resíduos sólidos tem interveniência direta no problema do saneamento básico, já que omissão dos municípios quanto às obrigações que lhes pesam de realizar a coleta, o transbordo, o tratamento e o destino final do lixo, pode comprometer, demasiadamente, a qualidade do serviço de saneamento básico dispensado às populações, neste vértice, cumprindo aos gestores locais a elaboração do respectivo Plano Municipal de Saneamento Básico, sem o qual não poderão receber recursos federais para projetos na área.

Recentemente, a Lei nº 14.026/2020, conhecida como o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico, estimulou a desestatização do setor, e a privatização de empresas públicas de saneamento básico, além de prever metas de desempenho mínimas para as empresas interessadas em encampar essa atividade, que é regulada pela ANA (Agência Nacional de Águas), autarquia federal criada pela Lei nº 9.984/2000.

A Lei nº 14.026/2020 também prevê a prestação regionalizada do serviço de saneamento básico, a necessidade de sua universalização, bem como a prioridade na racionalização do uso da água e dos recursos naturais.

É sem dúvida que o problema inspira cuidados por parte de nossos administradores públicos. De acordo com notícia publicada no site do Senado Federal<sup>5</sup>, em 24/06/2020, 35 milhões de brasileiros não têm acesso à água tratada, e 100 milhões não são atendidos por coleta de esgoto.

Espera-se que o novo marco legislativo possa auxiliar os gestores públicos no enfrentamento deste problema, que assola tantos brasileiros, e constitui um grande desafio ao nosso desenvolvimento econômico.

## 5 POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS DE RESÍDUOS SÓLIDOS

### 5.1 Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos

A Lei do PNRS demarca como atribuições dos municípios, no âmbito dos resíduos sólidos, aquelas previstas no art. 26, in verbis:

**Art. 26.** O titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos é responsável pela organização e prestação direta ou indireta desses serviços, observados o respectivo plano

---

<sup>5</sup> SENADO. Disponível em: <[www.12senado.leg.br](http://www.12senado.leg.br)> Acesso em 12 de jan de 2021.

municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, a Lei nº 11.445, de 2007, e as disposições desta Lei e seu regulamento.

Como se verifica, o dispositivo comete aos municípios o manejo dos resíduos sólidos em seu território, seja de maneira direta, seja indireta, dentro do previsto no respectivo plano de gestão integrada, que, por sua vez, é um documento elaborado por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que tem como conteúdo mínimo, o disposto na Lei do PNRS (arts. 35 e 36): 1. adoção de procedimentos de logística reversa de resíduos sólidos; 2. adoção do sistema de coleta seletiva; 3. implantação de compostagem para resíduos orgânicos; 4. disposição final ambientalmente adequada aos resíduos e rejeitos (JARDIM *et al.*, 2014, p. 221).

Cumpra ao PMGIRS apresentar um diagnóstico da situação corrente do município, elencar as melhorias necessárias, os indicadores de desempenho dos serviços, e delinear metas e programa realista economicamente sustentável para a promoção de avanços a serem alcançados, e metas plausíveis (JARDIM *et al.*, 2014).

A partir dessa realidade, percebe-se o quão grande é a responsabilidade dos entes municipais, eis que precisam cuidar não só da limpeza urbana, como também dar o destino e o descarte correto ao que foi coletado, se possível, reaproveitando e reutilizando o que for reciclável, e naquilo que não for conferir disposição ambientalmente adequada, como enviar para aterros, isolamento hermético ou incineração, conforme o caso.

Trata-se de um ciclo inteiro de manejo dos resíduos sólidos, que não prescinde de bom planejamento por parte do administrador público, e compreensão de que o segmento é interdisciplinar, necessitando da atuação de profissionais de diversas áreas, como engenheiros civis e ambientais, biólogos, geólogos, químicos, entre outros.

O Plano Municipal de Gestão Integrada dos Resíduos Sólidos abre as portas ao município para acesso a várias linhas de crédito junto a bancos públicos (BNDES/CAIXA/BANCO DO BRASIL), e mesmo ao recebimento de repasses voluntários da União e da FUNASA, para a execução de empreendimentos relacionados aos resíduos sólidos (MARCHI, 2018).

Nos municípios menores, até 20 mil habitantes, o PMGIRS pode ter conteúdo simplificado. De sorte que tal documento é de extrema relevância para assegurar recursos aos municípios, no tocante ao manejo dos resíduos públicos. O administrador público deve estar cômico para a urgência de elaborar esse documento, com vistas a alcançar as metas do PNRS, localmente falando (MARCHI, 2018).

## **5.2 Controle de endemias, limpeza das ruas, bueiros, bocas de lobo e podas periódicas das árvores**

Ninguém ignora que as atividades de limpeza urbana são de alta relevância para o controle de vetores e prevenção de proliferação de doenças. A Lei nº 11.445/2007, com as alterações legislativas trazidas a reboque do Novo Marco do Saneamento Básico (art. 3º-C, Lei nº 14.026/2020), inclui nessas atividades, além da coleta, transporte, transbordo, triagem, tratamento, e disposição final dos resíduos sólidos, as seguintes ações: raspagem, roçagem, limpeza de ralos, limpeza de feitas, limpeza de praias, desobstrução de ramais e galerias, desinfestação e desintoxicação, pintura de meio-fio e lavagem de logradouros públicos (JARDIM *et al.*, 2014).

O controle de vetores por meio da limpeza de canais, bueiros, podas de árvores e dedetização, tem a finalidade de prevenir o surgimento de insetos, pragas, roedores e parasitas, que podem ocasionar, além da proliferação de doenças, prejuízos econômicos e estéticos ao meio ambiente (IBRAHIN & BARBOSA, 2014). A ausência desses procedimentos pode disseminar doenças infecciosas como dengue, malária e doença de Chagas.

Consoante a Abrelpe (Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais), o índice de cobertura da população brasileira com serviços de limpeza urbana, foi de aproximadamente 89%, em 2010 (JARDIM *et al.*, 2014), entretanto, este número esconde diversos obstáculos a serem ultrapassados. Segundo a mesma entidade, “cerca de 11% dos resíduos gerados sequer foram coletados, e do total coletado mais de 42% foram destinados para locais inadequados” (JARDIM *et al.*, 2014, p. 377).

Os serviços de limpeza urbana devem não só ser universalizados, com abrangência em toda a extensão da cidade e atender à totalidade da população, como adotar os mecanismos da logística reversa, estudado a seguir, e implementar sistema cíclico, em substituição ao sistema linear de gestão de resíduos sólidos, conforme gravura abaixo:

### **5.3 logística reversa e associações de catadores de materiais recicláveis**

O conceito de logística reversa surgido nos anos 70, evoluiu desde a década de 1990, para o que se entende hoje ser importante instrumento de desenvolvimento social e econômico, caracterizado pela coleta seletiva do lixo, sua triagem e o reaproveitamento dos resíduos que podem ser restituídos ao ciclo produtivo, destinando-se outra parte para disposição ambientalmente adequada (LOURENÇO, 2019).

A logística reversa começa no pré-consumo, com a produção de embalagens ambientalmente recicláveis, ou biologicamente degradáveis, e se estende ao pós-consumo, com a reintrodução de materiais ao ciclo de produção.

## FIGURA: ECONOMIA CIRCULAR<sup>6</sup>



Dentro desse esforço conjunto, estão não apenas as empresas, como os consumidores e o setor público, todos imbuídos do mesmo propósito: planejar e implantar procedimentos ao menor custo possível, que importem na redução do desperdício, da poluição, no alongamento da vida útil dos produtos, no estímulo à redução do consumo, ou opção por produtos mais duráveis.

Há empresas, por exemplo, que investem na redução de desperdício, como os curtumes, que empregam milhões na aquisição de máquinas a *laser*, para o corte perfeito do couro, com desperdício quase zero de matéria-prima. Outras, preocupam-se com o transporte, a fim de evitar avarias ou perdas das mercadorias, no seu deslocamento até as lojas.

Os municípios podem atuar em várias fases da logística reversa, por exemplo, na questão da coleta seletiva. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2010, divulgou que “mais de 8 bilhões de reais são enterrados anualmente no Brasil, na forma de materiais recicláveis, que poderiam ser recuperados gerando trabalho e renda” (JARDIM *et al.*, 2014, p. 392).

Como coadjuvante paralela a esse processo de economia circular, mas não inserida nele, figuram a *compostagem*, “outro método de recuperação dos resíduos sólidos que permite a produção de compostos orgânicos e biofertilizantes, mediante a decomposição do material orgânico putrescível existente nos RSU. (...)” (LOURENÇO, 2019, p. 43), e o “*aproveitamento energético*, por meio da captação do biogás, proveniente da decomposição anaeróbia dos resíduos sólidos em estação de tratamento” (LOURENÇO, 2019, p. 43).

<sup>6</sup> Fonte: <https://www.ecycle.com.br/2853-economia-circular.html>

Finalmente, mister é render homenagem aos catadores de material reciclável, que tanta importância têm no ciclo da logística reversa, seja individualmente, seja por meio do associativismo. Sua contribuição é vital para tornar possível a cadeia de coleta, separação, transbordo e disposição final dos resíduos sólidos.

O próprio PNRS preconiza a formulação de políticas públicas no sentido de inclusão social desses trabalhadores, que laboram de forma autônoma, praticamente sem apoio técnico e financeiro, muitas vezes sendo confundidos como mendigos ou mesmo delinquentes. A lei prevê o apoio à constituição de cooperativas e associações, além da formalização de grupos de catadores já formados no município (LOURENÇO, 2019).

Adita-se, por fim, que as Leis nº 12.305/2010 nº 8.666/1993 permitem a contratação direta, pelo Município, de organização de catadores de materiais recicláveis, para a prestação do serviço de coleta seletiva. É sem dúvida, um grande estímulo, a essa classe, tão amesquinhada.

#### 5.4 Substituição de lixões por aterros sanitários

O lixão, também chamado vazadouro, é forma inadequada de destinação final dos rejeitos, pois nele não há o cuidado com o solo e o lençol freático, e as substâncias são expostas a céu aberto, sem qualquer triagem ou separação. Já o aterro sanitário é o espaço adequado para acomodar os rejeitos, usado com critérios de engenharia, e normas operacionais específicas, como a construção de um espaço para acomodar os resíduos, os quais são cobertos por terra ou outro material inerte (IBRAHIN & BARBOSA, 2019).

O custo é elevado para a construção e a manutenção de um aterro sanitário, conforme já estudado na 2ª parte do presente trabalho. E a escassez de recursos torna a tarefa muito complexa, mormente para os municípios de pequeno porte, dependentes dos fundos federais e estaduais para sua sobrevivência.

O desafio aos administradores públicos reside na questão de planejar e efetivar a execução de um aterro sanitário que seja compatível com a demanda do seu município. Nessa perspectiva, a lei nacional de regência (PNRS) os auxilia, mediante a previsão de consórcio firmado entre municípios vizinhos, para a consecução dessa meta, conforme se deduz do art. 8º, inc. XIX, da Lei do PNRS, *verbatim*:

**Art. 8º.** São instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, entre outros:

omissis

XIX - o incentivo à adoção de consórcios ou de outras formas de co-

operação entre os entes federados, com vistas à elevação das escalas de aproveitamento e à redução dos custos envolvidos.

Obtempera José Nilo de Castro (2011, p. 21) que:

[...] privilegiou o legislador ordinário a opção válida do associativismo intermunicipal, no plano da instrumentalidade, porque os consórcios públicos constituem, realmente, instrumentos importantíssimos de ações conjuntas, quer no quadro da horizontalidade (Municípios que se consorciam entre si visando finalidade comum, como as ações de resíduos sólidos), quer no quadro de verticalidade (Municípios que se consorciam com o Estado e até mesmo com a União).

Assim, mesmo sendo uma tarefa árdua, o administrador público pode coadunar forças, no sentido de viabilizar um projeto de aterro sanitário. E mais, pode criar uma taxa específica, que seja compatível com o poder aquisitivo da população do município, para o fim de carrear recursos ao projeto. Além disso, pode aproveitar o lixo reciclável, negociando-o com indústrias interessadas no seu reaproveitamento, como indústrias de alumínio, de papel, siderúrgicas e indústrias químicas.

As saídas existem, dependendo apenas da criatividade do administrador na gestão pública dos resíduos sólidos. Lembrando, por derradeiro, que os lixões configuram crime ambiental, mercê do disposto na Lei federal nº 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais).

A Lei da PNRS, de par com o Novo Marco do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020), ficou novos limites cronológicos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Agora, parece que não caberão mais dilações para o fechamento dos lixões e sua substituição pelos aterros sanitários.

## **5.5 Política municipal de educação ambiental**

Os municípios brasileiros devem adequar sua legislação e suas políticas públicas ambientais ao disposto na Lei federal nº 9.795/99, que institui a Política Nacional de Educação Ambiental, mormente no que tange ao enfoque humanista, holístico, democrático e participativo que a educação municipal deve ter, coligado à visão do meio ambiente em sua totalidade, ao respeito à diversidade cultural, e à conscientização da problemática ambiental em nível social.

Com efeito, a educação ambiental pode constituir um importante mecanismo de promoção da construção de um novo modelo de desenvolvimento econômico, na medida em que incorpora na vida dos indivíduos ações, atitudes e comportamentos, que, em conjunto, incentivam à cooperação para a solução multifacetada dos problemas ambientais.

A Lei nº 9.795/1999 propôs a abordagem do assunto não como disciplina, mas como um trabalho interdisciplinar e transversal. Em seu art.1º, delinea-se educação ambiental como:

[...] os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Conjuntamente, sociedade civil, organizações públicas e privadas, ONGs, associações de catadores, mídia e instituições de ensino podem alavancar a educação ambiental como instrumento de cidadania, na busca de soluções para os problemas ambientais.

Em consonância com o prefalado diploma legal (9.795/1999), a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010), prevê no inciso VIII de seu art. 8º, entre os instrumentos da PNRS, exatamente a educação ambiental.

Entretanto, sem a devida sensibilização em torno do assunto, será despiciendo o trabalho de conscientização a respeito de um meio ambiente equilibrado, urgindo, primeiramente, levar o conhecimento sobre a urgência do tema às pessoas, para só depois encorajá-las à iniciativa desinteressada por ações concretas a bem do meio ambiente, como separar o lixo, realizar compostagem em casa, reutilizar materiais, entre outras formas de participação na reciclagem.

## **5.6 Fiscalização do município sobre pessoas e empresas (licenciamento, vigilância sanitária, fiscalização de aterros sanitários e outras formas de controle)**

A legislação ambiental estatui uma série de responsabilizações aos poluidores, que vão desde a sujeição a pesadas multas administrativas, a processos civis por danos materiais e/ou morais, até a possibilidade de responderem penalmente por suas ações ou inépcias, quando tinham o dever legal de evitar o acidente ambiental.

Os municípios devem participar de forma efetiva da fiscalização de toda e qualquer atividade que possa, ainda que potencialmente, causar prejuízo ao meio ambiente.

Exemplos dessa atividade seria a expedição por parte da SEMAM (Secretaria do Meio Ambiente), do termo de licenciamento ambiental para a construção de obras, com a exigência precedente do EIA e do RIMA; ou a autuação administrativa por parte da Vigilância Sanitária de restaurante que desobedeça às regras de higiene; noutra vértice, a autuação de agricultores que não dão destinação adequada às embalagens de agrotóxicos; noutra giro, a autuação de hospitais particulares, que não derem o correto descarte aos resíduos de saúde pública, sem olvidar o acompanhamento de ETEs (Estação de Tratamento de Efluentes) e de processos de descontaminação de materiais e substâncias perigosas, como óleos lubrificantes, lâmpadas fluorescentes, pneus velhos, componentes eletrônicos e pilhas, e mesmo equipamentos que tenham elementos radioativos.

Nesse mesmo passo, compete aos municípios a gestão, fiscalização e controle dos aterros sanitários, que podem ser gerenciados diretamente por empresas contratadas. Qualquer desatendimento às normas ambientais deve ser autuado, apurado e investigado, e eventuais danos compensados administrativa ou judicialmente, bem como definidos os limites de cada responsabilidade.

Os gestores ambientais precisam não só conhecer as resoluções do CONAMA (CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE), órgão interno do Ministério do Meio Ambiente, como também ter um mínimo embasamento teórico sobre os riscos com os quais estão lidando, no gerenciamento desses materiais nocivos à saúde pública.

Como se vê, há um amplo espectro de atuação do gestor municipal no pertinente à fiscalização de atividades passíveis de controle administrativo.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De todo o expandido, pode-se chegar a um diagnóstico concreto acerca do cenário atual dos resíduos sólidos no Brasil: nosso país enfrenta graves problemas de deficiência crônica no segmento do saneamento básico, que abrange a limpeza pública, o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, e a destinação e a disposição dos resíduos e rejeitos oriundos do consumo doméstico e empresarial, e da produção industrial.

Há toda uma legislação em pleno vigor, que pode auxiliar o administrador público no enfrentamento desses problemas, como as leis da PNRS (Lei nº 12.305/2007), e da PNSB (Lei nº 11.445/2007), com suas modificações ulteriores, além, claro, da regulamentação federal na área, expedida pelos órgãos ambientais, como o CONAMA.

Outrossim, há meios efetivos de buscar recursos para os empreendimentos de resíduos sólidos, a exemplo dos caros aterros sanitários públicos, bastando ilustrar os programas de repasses do Ministério do Meio Ambiente, que exigem da parte dos municípios a elaboração do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos.

A amplitude de mecanismos à disposição dos administradores públicos municipais para o embate dos problemas sanitários é extensa, alcançando convênios com associações de catadores de lixo, implementação de coleta seletiva, aplicação de logística reversa no âmbito municipal e investimento em educação ambiental da população.

O gestor público municipal, portanto, não pode fazer vista grossa à vasta gama de soluções ao seu dispor, para o combate às mazelas oriundas do mau zelo pela questão sanitária em âmbito local.

Os dados trazidos à baila neste trabalho fizeram diagnóstico razoável dos problemas na área dos resíduos sólidos. A necessidade de uma ação corajosa por parte do administrador municipal é condição sine qua non para o enfrentamento adequado do problema. Incumbir-lhe-á agir dentro da legalidade, da impessoalidade e da eficiência, que são balizas previstas na Constituição Federal para a sua atuação administrativa.

## **THE MUNICIPAL MANAGEMENT OF SOLID WASTE: LEGISLATION, DIAGNOSIS OF PROBLEMS IN THE CURRENT SCENARIO AND THE MECHANISMS OF OPERATION OF THE PUBLIC ADMINISTRATOR**

### **ABSTRACT**

The present work aims to introduce a reasonable diagnosis of the current problems in the municipal management of solid waste, and at the same time to analyze, within the pertinent legislation, the mechanisms and policies foreseen to solve these problems, such as the implementation of a reverse logistics system, the inspection of activities potentially harmful to the environment, the use of landfills in order to replace the old “dumps”, in addition with investments in environmental education of the population. The Brazilian’s city mayor has the possibility to demand specific fees for the cost of these services, being able to make agreements with associations of garbage collectors, implementing of selective waste management, formalization of public consortium for the construction of landfills, without forgetting the aid programs provided by banks, and the support from the Ministry of the Environment. There are several options for addressing problems related to basic sanitation, being important that the municipal manager has a proactive attitude and always on legal grounds.

**Keywords:** Public Management; Solid Waste; Legislation.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Ricardo Ribeiro. **Administração Verde: o caminho sem volta da sustentabilidade nas organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.
- BARBOSA, Rildo Pereira & IBRAHIM, Francini Imene Dias. **Resíduos Sólidos: impactos, manejo e gestão ambiental**. São Paulo: Érica, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm). Acesso em: 10 de fev. de 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.605/1998, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 11 de fev. de 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.795/99, de 27 de abril de 1999. **Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm). Acesso em: 12 de fev. de 2021.
- BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. **Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm). Acesso em: 10 de fev. de 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm). Acesso em: 10 de fev. de 2021.
- BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. **Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, (...)**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm). Acesso em: 11 de fev. de 2021.
- CASTRO, José Nilo de. Competência municipal em resíduos sólidos. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 13-39, jan./mar. 2011.
- CHIUVITE, Telma Bartholomeu Silva. **Direito Ambiental**. São Paulo: Barros, Fischer

& Associados, 2010. – (Para Aprender Direito; 14)

DIAS, Reinaldo. **Gestão ambiental:** responsabilidade social e sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2019.

JARDIM, Arnaldo; YOSHIDA, Consuelo; MACHADO FILHO, José Valverde (org). **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos.** São Paulo: Manole, 2014, (Coleção Ambiental)

LOURENÇO, Joaquim Carlos. **Gestão dos Resíduos Sólidos Urbanos:** panorama, conceitos, aplicações e perspectivas. Campina Grande-PB: Ed. do autor, 2019, 120p.

MARCHI, Cristina Maria Dacach Fernandez (org). **Gestão dos resíduos sólidos:** conceitos e perspectivas de atuação. Curitiba: Appris, 2018.



OS LIMITES DA JUSTIÇA  
CONSENSUAL NO SISTEMA  
JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

*THE LIMITS OF CONSENSUS JUSTICE I  
N THE BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SYSTEM*



# OS LIMITES DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO<sup>1</sup>

*THE LIMITS OF CONSENSUS JUSTICE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SYSTEM*

*André Dantas Oliveira<sup>2</sup>  
Felipe de Sousa Lima Feitosa<sup>3</sup>*

## RESUMO

Considerando o espaço que a justiça consensual vem ganhando, nos últimos anos, perante o processo penal brasileiro, o objetivo deste estudo é analisar os limites da justiça penal negociada no ordenamento jurídico pátrio. Propõe-se, por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, abordar a delimitação imposta pelos direitos e garantias fundamentais, e pelo princípio da oportunidade regrada sob os acordos penais. Conclui-se que a justiça penal consensual deve ser aplicada de forma a resguardar as garantias fundamentais do réu, e a negociação entre as partes deve respeitar os parâmetros legais, para que possa ser considerada legítima e efetiva.

**Palavras-chave:** Justiça penal consensual. Limites; Direitos e garantias fundamentais; Devido processo legal consensual; Oportunidade regrada.

## 1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se observado um avanço significativo dos espaços de consenso na sistemática processual penal brasileira, sobretudo após o advento da Lei nº 9.099/95, que introduziu no ordenamento jurídico os institutos da Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Composição Civil dos Danos, os quais romperam com o processo penal clássico baseado no conflito.

---

1 Data de Recebimento: 03/02/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

2 Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza. – UNIFOR. Fortaleza, Ceará, Brasil. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Paraíso (UNIFAP), Juazeiro do Norte, Ceará. Escrivão da Polícia Civil do Estado do Ceará. E-mail: andre.dantas@fapce.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2263197096954360>. Telefone: (88) 99702-9327. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6359-3531>.

3 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Paraíso (UNIFAP), Juazeiro do Norte, Ceará. Pós-graduando em Direito e Processo Penal pelo Centro Universitário Leão Sampaio (Unileão), Juazeiro do Norte, Ceará. E-mail: felipe.feitosaadvg@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2240196151255885>. Telefone: (88) 99320-1303. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8218-9916>

Alguns anos depois, com o aumento da criminalidade e da complexidade nas relações jurídicas tradicionais, fez-se necessário a introdução, pelo legislador ordinário, de novos mecanismos de negociação penal, com o fito de garantir a efetividade do sistema penal: em 2013, com a Lei nº 12.850 (Lei das Organizações Criminosas), que incrementou a Colaboração Premiada, aplicada no âmbito das organizações criminosas e, mais recentemente, no ano de 2019, a Lei nº 13.964 (Pacote Anticrime), que regulamentou o Acordo de Não Persecução Penal, já anteriormente instituído pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Em razão disso, surgiram posições antagônicas acerca do incremento desses mecanismos de negociação no processo penal pátrio: de um lado, defende-se que a justiça criminal consensual afronta o próprio sistema acusatório, bem como os princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de inocência, da não autoincriminação, dentre outros. Por outro lado, entende-se que os institutos de consenso são necessários para a efetividade do processo penal, vez que garantem maior eficiência na aplicação das normas penais, e o provimento do sistema processual em um cenário em que a morosidade judiciária e a superlotação carcerária já são uma realidade.

Nesse diapasão, surgem inúmeros questionamentos acerca dos limites da negociação no processo penal à luz dos princípios processuais e dos direitos e garantias constitucionais. Essas espécies de discussões se tornaram ainda mais calorosas após a regulamentação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), pois o instituto ampliou, consideravelmente, a extensão de aplicação da justiça consensual no âmbito penal.

Na verdade, o princípio da oportunidade regrada, o devido processo consensual e a autonomia do acusado (desde que dentro dos limites constitucionais) são fatores que impõem limites ao poder de negociar, de modo que não há como se falar em vigência da oportunidade da ação penal, e/ou violação de direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, o objetivo deste artigo é analisar os limites impostos pelos direitos e garantias constitucionais e pelos princípios processuais à justiça penal consensual, demonstrando, assim, o papel dos sujeitos processuais (sobretudo do Ministério Público) na negociação criminal.

No decorrer desta pesquisa, serão abordados os limites da justiça penal consensual, tendo como parâmetro os direitos e garantias fundamentais do acusado, sobretudo o devido processo legal, e o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

## **2 A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIADA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A justiça penal negociada não é uma opção legislativa genuinamente brasileira.

Em verdade, os acordos entre os sujeitos processuais no processo-crime remontam aos países de tradição *common law*, e somente em meados do século XX vieram a se expandir pelos países romano-germânicos, como uma forma de recuperar a credibilidade de seus devastados sistemas criminais, já que, com a Revolução Industrial, as cidades expandiram-se de forma desordenada e, com isso, também, a criminalidade, dando lugar a um acúmulo de casos criminais para repressão e prevenção pelas instâncias de controle social.

Dessa forma, diversas nações europeias, como, por exemplo, França, Alemanha, Espanha, Portugal e Itália, e também Latino-Americanas, influenciadas pelo sucesso do modelo de consenso advindo essencialmente dos Estados Unidos, passaram a instituir, em seus ordenamentos jurídicos criminais, métodos alternativos de resolução de conflitos. Somente na década de 90, é que surgem, no Brasil, as primeiras manifestações da justiça criminal consensual, as quais representam uma mudança de paradigma no processo penal brasileiro.

Assim, a fim dar cumprimento ao disposto no art. 98 da Constituição Federal de 1988, que aduz acerca da criação, via lei federal, de juizados especiais para tramitação de processos que envolvam causas cíveis de menor complexidade, e crimes de menor potencial ofensivo, permitindo-se, inclusive, a transação, o legislador ordinário instituiu, em 26 de novembro de 1995, a Lei nº 9.099, também chamada de Lei dos Juizados Especiais Estaduais.

Essa lei rompeu com os padrões tradicionais de justiça conflitiva até então existentes, “*instaurando uma nova espécie de jurisdição no processo penal: a jurisdição consensual*” (LIMA, 2020, p. 1543). Para tanto, foram introduzidos, no ordenamento jurídico-penal, os chamados institutos despenalizadores, que são eles: composição dos danos civis, transação penal e suspensão condicional do processo.

Os instrumentos de consenso implementados pela Lei nº 9.099/95 representaram incontestável flexibilização da obrigatoriedade da ação penal, instituindo-se a chamada discricionariedade regrada, em que se permite a celebração de acordo, nos termos e limites da lei, entre Ministério Público e acusado, como forma de se evitar a persecução penal e os estigmas dela decorrentes (GRINOVER *et al*, 2005). Dessa forma, denota-se clarividente a opção do legislador de atribuir maior credibilidade à autonomia da vontade dos sujeitos processuais em detrimento de outros direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico.

Nas palavras de Grinover *et al* (2005, p. 49), estes métodos alternativos de resolução de conflitos penais representam:

[...] a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Jus-

tiça criminal (grande parte do movimento forense criminal já foi reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal do delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições [...], a ressocialização do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.

Já no ano de 2013, com o desenvolvimento da sociedade e das relações jurídicas, bem como o aumento da criminalidade organizada, mormente os crimes de colarinho-branco, surge o instituto da colaboração premiada, por meio da Lei nº 12.850, que se traduz em um aperfeiçoamento das técnicas de investigação no combate ao crime organizado.

Previsto no art. 4º da referida lei, a colaboração premiada consiste em um meio de obtenção de provas, no qual o coautor ou partícipe do fato delituoso no âmbito do crime organizado consente, de forma efetiva e voluntária e em troca de determinado prêmio legal, em confessar a prática do crime e fornecer aos órgãos de persecução penal informações, que auxiliem no alcance a algum dos objetivos previstos na lei (LIMA, 2020).

Para Cordeiro (2020, p. 15), a colaboração premiada surge

[...] como forma de não apenas atuar o próprio acusado na demonstração de sua culpa, mas de também ajudar o Estado na investigação e prova da culpa de outros corréus, de recuperar o produto do crime ou salvar a vítima, de evitar futuros crimes [...] É passar o réu dessa formal condição para a de colaborador da acusação, na proteção da sociedade, em troca de favores de pena.

Esse instrumento tem como finalidade “promover a rápida apuração dos ilícitos e de modo célere a aplicação das punições correspondentes em face de condutas de difícil comprovação” (DIPP, 2015, p. 09). No mesmo sentido, Andrade (2019) assevera que a colaboração premiada constitui ferramenta indispensável no combate mais eficiente ao crime organizado, porquanto as técnicas tradicionais de investigação, por si sós, não são capazes de dismantelar as organizações criminosas existentes na sociedade atual.

No que tange à natureza jurídica da colaboração premiada, há divergência na doutrina. Por um lado, Lima (2020) defende que o instituto consiste em uma técnica especial de investigação, e não deve ser confundida com o acordo de colaboração premiada, o qual possui natureza de negócio jurídico processual. Diferentemente, Andrade (2019), seguindo os preceitos de Vinicius Marçal e Cleber Masson e apoiando-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirma que a colaboração premiada propriamente

dita trata-se de negócio jurídico processual, porquanto se traduz em acordo entre Ministério Público (ou autoridade policial) e colaborador voltado à obtenção de provas.

Nesse contexto, imperioso lembrar a introdução, pelo Pacote Anticrime, do art. 3º-A na Lei das Organizações Criminosas, dispondo que “o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos” (BRASIL, 2013). Diante disso, inequívoca a consagração da natureza jurídica do acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual.

Usa a lei apropriadamente das expressões acordo, negociação, pois tratativas para a autolimitação ao direito penal e a direitos individuais de não autoincriminação, de defesa e ao devido processo legal acusatório. É efetivamente um negócio jurídico entre o estado e o cidadão criminalmente perseguido. (CORDEIRO, 2020, p. 46).

Seguindo esta nova ordem instaurada no processo penal brasileiro, surgiu, mais recentemente, o chamado acordo de não persecução penal, introduzido no Código de Processo Penal (art. 28-A) pela Lei nº 13.964, de 24 de setembro de 2019, também chamada de Pacote Anticrime.

O instituto já era previsto no art. 18 da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual era alvo de intensas críticas por parte da doutrina, em que se sustentava, inclusive, a inconstitucionalidade do referido dispositivo. Alegava-se que legislar sobre Direito Processual é competência privativa da União, conforme estabelecido no art. 22, I, da Constituição Federal, não podendo, portanto, uma resolução versar sobre a matéria. O advento do Pacote Anticrime, todavia, pôs fim a esta discussão, uma vez que regulamentou o acordo no ordenamento jurídico por meio da via legislativa adequada, além de atribuir novos contornos ao instituto.

Em razão da ampliação dos espaços de consensos proporcionada pelo ANPP, que prevê aplicação do instituto para crimes com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, e desde que cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa, Cunha (2020, p. 128) aduz que:

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inevavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

A natureza jurídica do instituto tem sido temática de grande controvérsia na doutrina.

Para Lopes Jr (2020), trata-se de um direito subjetivo do acusado, porquanto diante do preenchimento dos requisitos previstos na lei, deve ser-lhe assegurado a benesse. Por outro lado, segundo Lima (2020), não se deve admitir que seja um direito subjetivo do investigado, uma vez que isso traria a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que retiraria a característica essencial da consensualidade. Dessa forma, afirma que o acordo de não persecução penal deve ser considerado como uma discricionariedade ou oportunidade regrada do Ministério Público.

Essas introduções legislativas voltadas para o consenso na área criminal fizeram surgir intensas críticas por parte da filosofia garantista. Alguns doutrinadores, como Aury Lopes Jr (2020), inclusive, acreditam que o modelo de consenso instaurado no ordenamento jurídico brasileiro caminha, desenfreadamente, rumo ao instituto do *plea bargaining* norte-americano, em que as possibilidades de negociação entre promotor e acusado são quase que infinitas, de modo que os espaços de consenso são tidos como ilimitados.

O legislador ordinário brasileiro, no entanto, com respaldo no próprio sistema acusatório e nas finalidades do processo penal, admitiu postura completamente distinta da norte-americana. É o que se observa na própria legislação constitucional e infraconstitucional, que impõem limites aos poderes das partes no procedimento de consenso, conforme se verá a seguir.

### **3 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO NA NEGOCIAÇÃO PENAL**

Inicialmente, é imperioso destacar que a celebração de um acordo penal pressupõe o respeito a determinados limites ao poder de negociar, como forma de assegurar os direitos fundamentais do réu e atender aos fins primordiais da justiça negociada, garantindo, assim, a higidez da barganha.

Os direitos e garantias fundamentais, previstos na Constituição Federal, especialmente em seu art. 5º, e nos tratados internacionais, são considerados as bases do sistema jurídico brasileiro, vez que instituem a proteção aos direitos e liberdades individuais e os objetivos legais a serem perquiridos pelo Estado, o que proporciona ao ser humano o título de sujeito de direitos.

Esta proteção conferida aos cidadãos, ganha especial notabilidade no âmbito penal, já que, conforme assinala Rosimeire Ventura Leite (2009), insere-se no rol de garantias constitucionais processuais como instrumentos imprescindíveis para limitar o *jus puniendi* estatal e assegurar o pleno exercício do direito à liberdade.

No processo penal tradicional, os direitos e garantias constitucionais, como o direito

a não autoincriminação, ao devido processo legal (que será enfrentado adiante), a presunção de inocência, ao contraditório, a ampla defesa, dentre outros, são tidos como indisponíveis ou irrenunciáveis, além de serem invioláveis. Em outras palavras, isso quer dizer que o réu não poderá dispor desses direitos, pois, como afirma Aury Lopes Jr (2020), há, no pano de fundo do processo criminal, o interesse público na apuração correta e justa da infração penal eventualmente cometida pelo acusado. Assim, essas garantias funcionam como “armadura” contra o arbítrio estatal e indicam o legítimo exercício do poder de punir.

Na justiça consensual, contudo, esse panorama é radicalmente modificado, uma vez que não há conflito entre Ministério Público e acusado, mas tão somente a aplicação antecipada de condições acordada pelas partes, com o devido controle judicial, com o fito de evitar o processo, o que, para parcela da doutrina, especialmente aquela adepta ao Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, representa latente violação aos preceitos processuais constitucionais.

Para Lopes Jr (2020, p. 1240), um dos maiores defensores da teoria garantista no direito penal brasileiro:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. [...] Se não atentarmos para essas questões, ela pode se transformar em uma perigosa medida alternativa ao processo, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças.

Neste mesmo diapasão, Grinover *et al* (2005) elucidam que os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 representam a valorização da autonomia da vontade do indivíduo em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, ao passo que indaga até que ponto o acusado pode consentir com o recuo da proteção atribuída pelo texto constitucional.

Em sentido diametralmente oposto, Fischer Dias (1999, p. 26) entende que:

...parece um paradoxo, ou mesmo contra-senso, afirmar que o incremento da autonomia de vontade, ou seja, da ampliação da liberdade do Autor do Fato resulte em recuo, ou diminuição de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição. Ao contrário, presume-se que o aumento da liberdade (autonomia da vontade) re-

sulta, quase sempre, em melhores condições para o exercício desses direitos fundamentais citados.

O referido autor assinala, ainda, que a existência de coação para que seja aceito o acordo é o que viola as garantias fundamentais, já que, neste caso, estar-se-ia afastando a finalidade precípua da lei.

Noutra linha, ressalta-se que a dignidade da pessoa humana, como macro princípio e direito fundamental norteador do Estado Democrático de Direito, é tido como um dos fundamentos legitimadores da justiça consensual. Noutras palavras, significa dizer que a solução pactuada tem respaldo na dignidade humana em virtude de se impedir um sofrimento desnecessário para o acusado, de modo a evitar os estigmas e a frustração que decorrem do processo. (ANDRADE, 2019).

Dessa forma, Andrade (2019) afirma, ainda, que a renúncia ou exercício negativo de determinados direitos fundamentais pelo acusado equivale, muitas das vezes, ao próprio exercício deles, principalmente, quando esta renúncia traz mais vantagens do que desvantagens ao imputado. Assim, obrigar o acusado a passar por todos os trâmites do processo clássico importaria na supressão do seu direito constitucional de obter-se uma solução mais rápida e, pôr fim, ao constrangimento e frustração da ação penal perante a sociedade.

Assim sendo,

[...] pretender, em toda e qualquer circunstância, a prevalência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ou do interesse social sobre a liberdade do indivíduo, é comprometer, demasiadamente, a autonomia do titular do direito, privando-o de perseguir resultados mais favoráveis para a concretização de seus intentos. (LEITE, 2009, p. 39).

No que tange aos direitos e garantias constitucionais em espécie, apesar da afirmação, por alguns doutrinadores, como Aury Lopes Jr e Luigi Ferrajoli, de que os acordos penais afrontam o postulado do *nemo tenetur se detegere*, Marllon Sousa (2021, p. 226) entende que, “se o suspeito ou réu estiver voluntariamente disposto a aceitar um acordo com a acusação, esta é uma manifestação eficaz do direito de defesa como uma alternativa para resolver o caso de maneira mais célere do que o habitual[...]”, de modo que não haveria violação a garantia supracitada.

Da mesma forma, Andrade (2019), afirma que o que se garante é a vedação à autoincriminação forçada, de tal maneira que, optando o acusado por declarar-se culpado, mediante o devido aconselhamento técnico, nada pode impedir que ele o faça. Seria,

pois, uma maneira de exercer negativamente o seu direito à não autoincriminação. Urge assinalar que é uníssono na doutrina que a confissão em sede de negociação não poderá servir como prova em caso de frustração do acordo e futura ação penal, demonstrando a função limitadora de tal garantia em relação as consequências de instrumentos consensuais baseados na assunção da culpa.

Além disso, também não há desrespeito à presunção de inocência. Isso porque, conforme Sousa (2021), não há sequer condenação ou registro de maus antecedentes, seja na transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal, de modo que o acusado continuará a ser considerado como réu primário. Para Ventura Leite (2009), a aceitação de um acordo visa justamente a evitar as desvantagens de eventual condenação. Sendo assim, no caso da transação penal, por exemplo, a autora afirma que, como não há reconhecimento de fatos nem admissão de conduta, a opção do acusado pelo consenso não poderá, em nenhum momento processual ou extraprocessual, produzir efeitos sobre o postulado da presunção inocência.

Em relação aos direitos ao contraditório e a ampla defesa, em todos acordos os penais existentes no ordenamento pátrio, é obrigatória e indispensável a presença da defesa técnica nos atos de negociação com o *Parquet*. Em razão disso, Grinover *et al* (2005) afirma que essa necessidade da presença do advogado ao lado do acusado representa a preocupação do legislador com a preservação dos direitos e garantias fundamentais. Assim, havendo aceitação do acordo, tal ato representaria nada mais que o próprio exercício da ampla defesa, prevista no art. 5º, LV, da CF, já que entendida, de maneira implícita, como a melhor estratégia defensiva.

Nessa mesma ordem de ideias, Marllon Sousa (2021, p. 211) aduz que “o direito de defesa não será renunciado porque os acordos somente serão aceitos se os réus avaliarem as provas e discutirem com os advogados, identificando se a barganha é a melhor escolha para a sua situação”.

De toda sorte, os direitos e garantias fundamentais devem ser sempre preservados pelos sujeitos processuais, de modo a não tornar a justiça penal consensual um caminho de incertezas para o acusado. Muito pelo contrário. Deve angariar os objetivos traçados pelo próprio sistema penal, respeitando as garantias constitucionais, e tornando legítima a opção por acordos de encerramento antecipado do processo.

#### **4 LIMITAÇÃO PROCEDIMENTAL: O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL**

Previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LIX, o devido processo legal é uma garantia fundamental de toda e qualquer pessoa que venha a ser perseguida pela

justiça pública em razão do cometimento de uma infração penal. Isso quer dizer que o Estado, como detentor do monopólio do poder de punir, só poderá privar o acusado de sua liberdade ou restringi-lo de determinados direitos por meio de um procedimento formal previamente instituído na legislação penal, na qual se garanta o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O devido processo legal é uma característica essencial do Estado Democrático de Direito, haja vista que é ele quem dita as regras do jogo e demarca os limites de atuação de cada um dos sujeitos processuais, o que garante a eficácia e atribui legitimidade ao processo penal, além de prevenir as arbitrariedades estatais.

Em apertada síntese, o devido processo penal ocorre da seguinte maneira: o parquet, lastreado nos elementos de informação colhidos na fase investigativa, exerce o poder-dever de acusar, através do oferecimento da denúncia. Logo após, o acusado exerce o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, sendo, que logo em seguida, inicia-se a fase instrutória, ou seja, de produção de provas. Por fim, e depois dos debates finais, o magistrado analisa as provas produzidas no processo e profere a sentença com a devida motivação. Assim, é possível afirmar que, no modelo tradicional de justiça conflitiva, o devido processo é marcado pela oposição entre o Ministério Público e o réu.

O advento da justiça negociada, contudo, rompeu com esse “padrão” e instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o que a doutrina tem chamado de devido processo legal consensual, já que tal modelo é pautado em um procedimento que busca o consenso entre acusação e defesa.

Segundo Grinover *et al* (2005), o sistema jurídico-penal brasileiro subdivide-se nos subsistemas clássico e consensual. No primeiro, aduzem que vigora o devido processo penal clássico, já que se cuida das infrações de grande potencial ofensivo e centra-se na aplicação da pena de prisão. O segundo, no entanto, inaugurado com o surgimento dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 (transação penal, suspensão condicional do processo e composição civil dos danos), segue o que denominam de “novo devido processo legal (consensual)”, cuidando das infrações penais de médio e menor potencial ofensivo e da aplicação de penas alternativas à prisão.

O devido processo consensual, para Cunha (2020, p. 299):

[...] é a cláusula de conteúdo complexo e aberto que qualifica como devido o procedimento estruturado de modo a incentivar práticas leais de consenso para atender aos anseios político-criminais de aumento da celeridade e efetividade da justiça criminal, ao mesmo tempo que preserva a autonomia e liberdade das partes.

Desse modo, parte da doutrina sustenta que não há se falar em violação ao princípio constitucional do devido processo legal. Muito pelo contrário. Na verdade, trata-se da adoção e regulamentação de um procedimento mais simplificado baseado no consenso, em que se busca dirimir os conflitos penais menos complexos e acelerar a resposta Estatal a estes comportamentos delituosos.

Nesse sentido,

[...] quando a Constituição de 1988 estabeleceu que nenhum réu pode ser condenado ou considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, seguindo as regras de um julgamento justo, isso não excluiu o poder discricionário dos legisladores de criar procedimentos criminais de acordo com os parâmetros constitucionais. Portanto, a barganha processual não significa necessariamente uma quebra da cláusula do devido processo legal [...]. (SOUSA, 2021, p. 206).

Neste mesmo diapasão, Ventura Leite (2009) assinala que a substituição da instauração do processo clássico por um procedimento mais simples, que atenda as exigências constitucionais e seja efetivamente submetido aos mecanismos de controle, não viola o princípio *nulla poena sine iudicio*. A autora afirma, ainda, que a transação penal, por se aplicar as infrações penais que merecem um tratamento diferenciado, adota um procedimento que assegura os direitos e garantias fundamentais dos acusados de forma diversa do que ocorre no processo tradicional, de modo que não há violação ao devido processo legal.

Noutro pórtico, o devido processo consensual, recentemente ampliado pela Lei nº 13.964/19, reproduz muito mais do que o cumprimento do mandamento contido no art. 98 da Constituição Federal. Na verdade, representa uma maneira de delimitar a negociação no campo penal. Isso porque os poderes do Ministério Público e os direitos do acusado, bem como a função do magistrado, estão previamente delineados e devem ser seguidos à risca, sob pena de não homologação do acordo pelo juiz.

Note-se, por exemplo, que todo o procedimento de celebração do Acordo de Não Persecução Penal está satisfatoriamente instituído no art. 28-A do Código de Processo Penal, de modo a não haver espaço para interpretações ambíguas. Para tanto, nas infrações penais em que é possível a aplicação do instituto, o Ministério Público e o acusado, juntamente a seu defensor, transacionam acerca das condições a serem cumpridas para evitar o início do processo e, logo após, submetem o acordo ao judiciário para homologação. O juiz, a seu turno, designa audiência em que deverá verificar a consciência e

voluntariedade na aceitação do acordo pelo imputado. Somente depois destes trâmites legais é que o magistrado homologará (ou não) a avença.

Dessa forma, o procedimento, além de impor limites ao consenso entre as partes, garante o respeito ao devido processo legal e evita possíveis excessos por parte do órgão acusador, já que os termos do acordo devem guardar relação com a proporcionalidade e razoabilidade, conforme pode se observar do disposto no art. 28-A, inciso V, do Código de Processo de Penal.

Ainda segundo Cunha (2020), o devido processo consensual, mormente no Acordo de Não Persecução Penal, orienta-se, predominantemente, pelos princípios da autonomia e da boa-fé. Para o autor, a autonomia se revela quando da possibilidade do acusado optar, de maneira livre, consciente e tecnicamente instruída pelo seu defensor, por um procedimento que atenda da melhor forma possível aos seus interesses, ao passo que, para o Ministério Público, a autonomia está relacionada a discricionariedade regrada, de modo que todas as suas decisões, principalmente no caso de recusa em oferecer o acordo, devem ser plenamente justificadas, além de que devem atender aos requisitos de suficiência, necessidade e adequação das medidas a serem tomadas.

Já no que concerne ao princípio da boa-fé, o autor assinala que, em virtude da cooperação entre as partes para se evitar o processo, o Ministério público tem o dever legal de prestar todas as informações necessárias à celebração do acordo, inclusive acerca de suas consequências, enquanto o acusado deverá agir de modo leal e transparente e evitar comportamentos contraditórios. Assim, de acordo com a boa-fé, espera-se que ambas as partes adotem comportamentos que não excedam os limites estipulados no negócio jurídico e busquem alcançar o objetivo comum.

Diante disso, denota-se que os procedimentos de negociação adotados pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro trazem à tona um devido processo norteado pelas vias de consenso, que, baseado, principalmente, na autonomia das partes e na efetividade do sistema criminal, funciona como meio legal para delimitar o poder negocial e, conseqüentemente, evitar o declínio dos espaços consensuais.

## **5 A DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

É consabido que, no sistema processual penal brasileiro, vigora o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual significa que, estando presentes as condições e pressupostos e a justa causa para o ajuizamento da ação, o Ministério Público, por ser o titular da ação penal, tem o poder-dever de intentá-la, já que o devido processo legal é a única forma do Estado exercer o *jus puniendi*.

No entanto, o cenário de legalidade da ação penal não é absoluto, de modo que exis-

tem hipóteses legais em que o princípio da obrigatoriedade cede lugar ao princípio da oportunidade regulada, mormente naquelas em que se busca a resolução do caso criminal por meio do consenso.

Os primeiros resquícios do princípio da oportunidade regrada no ordenamento jurídico brasileiro remontam do ano de 1995, quando da edição da Lei nº 9.099. À época, emergiram intensas discussões acerca da possível violação ao princípio da obrigatoriedade, haja vista que, em determinadas hipóteses, o *parquet* não seria mais obrigado a intentar a ação penal, podendo dela dispor e optar pelas vias alternativas de resolução do conflito penal (transação penal e suspensão condicional do processo).

Esse entendimento, todavia, não vingou, uma vez que o Ministério Público, segundo comenta Grinover *et al* (2005), continuaria vinculado ao princípio da obrigatoriedade, sendo que teria uma pequena margem de discricionariedade no oferecimento da proposta ao acusado, quando, observando os critérios legais, poderia versar sobre a pena alternativa mais adequada ao caso, devendo sempre agir dentro dos parâmetros legais.

Em verdade, a partir da edição da Lei nº 9.099/95, observa-se a opção do legislador ordinário por consagrar, em determinados hipóteses, a oportunidade regrada em detrimento da relativização do princípio da obrigatoriedade, sem que isso viesse a ferir os princípios inerentes ao processo penal.

Tecendo comentários sobre a transação penal, o professor Aury Lopes Jr. (2020, p. 1196) elucida que o instituto

[...] conduziu a uma relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, pois permite certa ponderação por parte do Ministério Público. Não se trata de plena consagração dos princípios de oportunidade e conveniência na ação penal de iniciativa pública. Muito longe disso. É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal [...].

Nesse sentido, é de rigor ressaltar que a oportunidade regrada, como o próprio nome sugere, funciona como um limitador ao poder de negociar do Ministério Público, já que, apesar de poder dispor da ação penal em determinados casos, eventual celebração de acordo com o acusado somente poderia versar sobre as penas ou condições a serem cumpridas e apenas em determinados delitos, a depender do instituto utilizado.

Noutras palavras, significa dizer que a análise de conveniência e oportunidade do *parquet* deveria ocorrer observando-se milimetricamente os ditames legais, de modo que tanto a defesa como o judiciário funcionariam como fiscais do respeito ao princípio da discricionariedade regulada.

A propósito, Flávio da Silva Andrade (2019, p. 111) assevera:

Com limites legais e controle do magistrado e da defesa, a atuação do promotor fica restringida às divisas da norma, circunscrita aos parâmetros definidos pelo legislador, não se podendo dizer que, discricionariamente, sem balizas normativas, define os casos sujeitos a pena pactuada, bem assim a extensão desta.

Assim, pode-se dizer que não se trata da adoção da oportunidade pura, pois no modelo brasileiro de barganha inexistente “liberdade discricionária e pragmática para negociação, tal como no modelo norte-americano da *plea bargain*. Países que acolhem o princípio da oportunidade não investigam a totalidade dos crimes e se restringem ao que o Estado considera importante (MASSI, 2020, p. 271)”, o que não é o caso do sistema de consenso penal brasileiro, em que todo e qualquer fato tido como infração penal deve ser apurado pelos órgãos de persecução penal.

No mesmo norte, Ventura Leite (2009) aduz que o sistema de justiça criminal não possui condições de processar todos os crimes que ocorrem na sociedade, e como forma de evitar uma seletividade na persecução das infrações penais, buscou-se a adoção de uma política criminal baseada em um procedimento mais simplificado para delitos em que a instauração do processo judicial demonstra ser medida excessiva.

Dessa forma, pode-se dizer que

A adoção do princípio da oportunidade, pois, funda-se na necessidade de o sistema jurídico penal ser mais seletivo e estratégico frente à criminalidade, de acordo com critérios e valores predominantes em determinado momento histórico e social, assim como ocorre na escolha de procedimentos mais adequados [...] (LEITE, 2009, p. 217).

Imperioso ressaltar que, segundo Andrade (2019), um modelo de consensualidade em que se atribui ampla discricionabilidade ao membro do Ministério Público, como no caso do *plea bargain*, não é desejável, vez que acarreta inúmeras distorções ao sistema de justiça penal. Por outro lado, o autor afirma que a expansão ou introdução de mecanismos de consenso deve ocorrer de forma a obedecer aos limites legais e aos critérios de razoabilidade, como meio de alcançar o necessário equilíbrio entre garantismo e utilitarismo.

Pressões indevidas para confessar e aceitar acordos não ocorrerão no Brasil porque a acusação terá apenas um tipo de acordo a ofere-

cer: a punição mínima para o delito. Essa limitação na discricção da promotoria aniquila o poder de exercer pressão sobre os réus para aceitarem acordos. (SOUSA, 2021, p. 209).

O professor Afrânio da Silva Jardim (2016), por sua vez, critica fervorosamente a adoção do princípio da oportunidade, ainda que regrada, no ordenamento jurídico brasileiro. Para ele, o princípio da obrigatoriedade não deveria comportar exceções, pois isto colocaria o promotor como titular exclusivo da aplicação (ou não) da lei penal. Além disso, afirma que o princípio da oportunidade é antidemocrático, de modo que o legislador pátrio não poderia continuar tentando “imitar” o modelo de justiça penal norte-americano, onde a cultura e o sistema jurídico são completamente distintos. Assim, sugere que, para conter o avanço da adoção do juízo de conveniência e oportunidade da ação penal pelo *parquet*, a discricionariedade do promotor deveria restringir-se aos delitos de menor potencial ofensivo e para as infrações em que seria cabível a suspensão condicional do processo.

De todo modo, é cediço que o princípio da oportunidade regrada não se confunde com a oportunidade pura que vigora no sistema jurídico-penal norte americano. Na verdade, a discricionariedade limitada do Ministério Público representa o caminho inverso do *plea bargain*, já que impõe limites ao poder de negociação entre promotor e acusado, como forma de evitar distorções no sistema acusatório, além de assegurar a autonomia da vontade das partes, desde que dentro dos critérios estabelecidos em lei.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo analisar, de maneira mais aprofundada, os limites à justiça penal negociada na sistemática processual brasileira, visto a necessidade de se compreender os fundamentos e as divergências doutrinárias acerca da justiça consensual no âmbito criminal.

Pelo exposto no decorrer deste estudo, percebe-se que a justiça penal negociada, apesar de ser tendência crescente no ordenamento jurídico brasileiro, não pode ser entendida como espécie de “terra sem lei”, em que tudo é permitido, não há limites para as negociações entre o Ministério Público e o acusado. Muito pelo contrário. O consenso penal detém limites legais que não podem ser ultrapassados. As margens de discricção estão expressamente delimitadas. As possibilidades de barganha são pré-definidas pela legislação penal, de modo a garantir a higidez da negociação e afastar possíveis arbítrios por parte do órgão acusador.

Apesar disso, não se pode perder de vista algumas críticas da doutrina, como, por

exemplo, a preocupação com uma aproximação futura desse modelo de consenso com aquele adotado nos Estados Unidos. Em que pese aos acordos penais brasileiros não se confundam com *plea bargaining*, ambos os sistemas possuem o mesmo pano de fundo: uma política criminal voltada para minimização dos custos e maximização da resposta estatal aos delitos de menor gravidade. Dessa forma, é necessário que se esteja sempre atento as modificações legislativas que possam levar a uma aproximação conceitual que vá além desses limites, já que este não é um extremo desejável para o direito penal e processual penal brasileiro.

Em linhas gerais, pode-se concluir que as críticas direcionadas à justiça penal consensual no sentido de que a mesma fere o sistema acusatório e os direitos fundamentais do acusado não devem prevalecer, já que um dos fundamentos legitimadores da justiça consensual é o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, e o objetivo precípua dos mecanismos de consenso é o encerramento antecipado dos processos que cuidam de delitos que, em razão de sua natureza, merecem tratamento diferenciado, o que gera vantagens para o sistema de justiça criminal e também para o próprio acusado.

Portanto, os limites da justiça penal negociada brasileira, relacionam-se com o respeito às garantias constitucionais do acusado, mormente o devido processo legal, e na autonomia da vontade das partes, bem como na discricionariedade regulada do Ministério Público, já que os atos de negociação não podem extrapolar os limites impostos pela legislação penal e a discricionariedade que possui o membro do Órgão Ministerial está predisposta na lei, de modo a não dar lugar a oportunidade pura que vige no direito penal estadunidense.

## **THE LIMITS OF CONSENSUS JUSTICE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL LEGAL SYSTEM**

### **ABSTRACT**

Considering the space that consensual justice has been gaining, in recent years, in the Brazilian criminal process, the objective of this study is to analyze the limits of criminal justice negotiated in the national legal system. It is proposed, through the deductive method and through bibliographic research, to approach the delimitation imposed by the fundamental rights and guarantees and by the principle of opportunity ruled under the penal agreements. It is concluded that consensual criminal justice must be applied in order to protect the fundamental guarantees of the defendant and the negotiation between the parties must respect the legal parameters, so that it can be considered legitimate and effective.

**Keywords:** Consensual criminal justice. Limits. Fundamental rights and guarantees. Due to consensual legal process. Ruled opportunity.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: Controvérsias e Desafios.** Salvador; Ed. JusPodivm. 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 mai. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 01 mai. 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...].** Diário Oficial da União, Brasília, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 21 abr. 2021.
- CORDEIRO, Nefi. **Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Ed. JusPodivm. 2020.
- CUNHA, Vitor Souza. O devido processo consensual e os acordos de não persecução penal. **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Volume 7. Brasília: MPF, 2020. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy\\_of\\_2CCR\\_Coletanea\\_Artigos\\_FINAL.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf). Acesso em: 15 mar. 2021.
- DIAS, João Luís Fischer. Devido Processo Legal Consensual nos Juizados Especiais Criminais. **Revista dos Juizados Especiais**, v. 3, n. 7, p. 25-32, 1999. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35236>. Acesso em: 06 ago. 2021.
- DIPP, Gilson. **A “delação” ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei.** Brasília: IDP, 2015. E-book. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1744/1/A\\_Dela%c3%a7%c3%a3o\\_ou\\_Colabora%c3%a7%c3%a3o\\_Premiada.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1744/1/A_Dela%c3%a7%c3%a3o_ou_Colabora%c3%a7%c3%a3o_Premiada.pdf). Acesso em: 26 abr. 2021.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995.** 5ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Um debate atual: os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade do exercício da ação penal pública.** Propostas para disciplinar a disci-

cionariedade do ministério público, caso seja adotado o princípio da oportunidade. 2016. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/um-debate-atual-os-principios-da-obrigatoriedade-e-da-oportunidade-do-exercicio-da-acao-penal-publica-propostas-para-disciplinar-a-discrecionalidade-do-ministerio-publico-caso-seja-adotado-o-principio-da-oportunidade-por-afranio-silva-jardim-1508758527>. Acesso em: 11 out. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 267 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MASSI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul** – Ano 11, n. 26, p. 264-293, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2>. Acesso em: 28 set. 2021.

SOUSA, Marllon. **Plea Bargaining no Brasil**. São Paulo; Ed. JusPodivm: 2021.

PARTICIPAÇÃO DO MEMBRO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE  
HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO DE NÃO  
PERSECUÇÃO PENAL

*PARTICIPATION OF THE MEMBER OF THE  
PROSECUTOR'S OFFICE IN THE HEARING  
OF APPROVAL OF AGREEMENT OF  
CRIMINAL NON-PROSECUTION*



# PARTICIPAÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL<sup>1</sup>

*PARTICIPATION OF THE MEMBER OF THE PROSECUTOR'S OFFICE IN THE HEARING OF APPROVAL OF AGREEMENT OF CRIMINAL NON-PROSECUTION*

*Marcus Vinícius Amorim de Oliveira<sup>2</sup>  
Rickelly Kelman Pereira de Souza<sup>3</sup>*

## RESUMO

Este trabalho trata da natureza jurídica da participação do Ministério Público na audiência judicial para fins de homologação do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, abordando as diferentes correntes jurídicas formadas em torno do assunto. Defende-se a ideia de que, respeitada a independência funcional de cada membro, a participação do órgão ministerial na audiência de homologação do ANPP, prevista no §4º do artigo 28-A do Código de Processo Penal como ato indispensável para que o acordo possa ser cumprido, é facultativa. Contudo, torna-se imprescindível a intimação do Ministério Público acerca da realização do ato.

**Palavras-chave:** Acordo de Não Persecução Penal; Audiência judicial de homologação do ANPP; Participação do Ministério Público.

## 1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

O Acordo de Não Persecução Penal, doravante chamado de ANPP, muito embora devidamente positivado por meio do art.28-A do Código de Processo Penal (CPP),

---

1 Data de Recebimento: 01/03/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

2 Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará, titular da 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor na ESMP - Escola Superior do Ministério Público do Ceará e na FACINE. E-mail: marcus.amorim@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7436079094251452>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9252-8707>.

3 Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Ceará, lotada na 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Graduada em Direito. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela UNI7 - Centro Universitário 7 de Setembro. Pós-Graduada em Ciências Jurídicas e Ministério Público Estadual pelo CERS. E-mail: rickelly.kelman@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5740689083048497>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2082-0279>.

ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com uma redação que peca pela omissão em variados aspectos. Por essa razão, ao entrar em vigor, restou absolutamente necessário o suprimento de lacunas ali encontradas por intermédio da precedente Resolução n.º 183/2018 do CNMP, atos normativos dos Tribunais de Justiça, além de orientações internas dos órgãos ministeriais. A despeito disso, e como todo novo instituto, muitas controvérsias vem surgindo em decorrência da procedimentalização dessa modalidade de acordo, sendo que a audiência judicial de homologação do ANPP constitui o objeto de estudo deste trabalho.

Após a formalização do ANPP, o negócio firmado entre o investigado e o Ministério Público, consubstanciado num “Termo de ANPP”, será então remetido para o juiz por meio de um “Pedido de Homologação de ANPP”<sup>4</sup>, em decorrência do qual o magistrado realizará uma audiência de homologação. Nesse ato<sup>5</sup>, ele deverá verificar a voluntariedade e a legalidade do acordo, conforme disciplinado na legislação<sup>6</sup>.

Como se vê, trata-se de atividade fiscalizatória realizada pelo Judiciário por meio de uma solenidade<sup>7</sup>. Sem dúvida, é o momento em que juiz analisará o “Termo de ANPP” no tocante a sua legalidade, ou seja, se estão preenchidos os pressupostos e requisitos

---

4 No âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, o Ato Normativo PGJ n.º 145/2020 determina em seu art. 11: “Celebrado o acordo, o membro do Ministério Público encaminhará os autos para fins de homologação judicial”. Os autos deverão tramitar no SAJ-MP.

5 Segue um roteiro para audiência de homologação de ANPP que nos parece bastante apropriado em face da natureza do ato: “1. O magistrado declara aberta a audiência, para fins do §4º do art. 28-A, anunciando o nome do acordante, o número dos autos do processo e os fatos a que se refere (indicando dia, hora e local). 2. Esclarece-se que o ato em questão tem a exclusiva finalidade de averiguar a legalidade do ANPP já firmado entre o acordante e o MP, cujo termo consta dos autos, bem como verificar se a adesão ao acordo se deu de forma voluntária, o que ora é feito pela oitiva do acordante na presença do seu defensor. 3. Explica-se que o ANPP consiste em medida despenalizadora de natureza autocompositiva e que, cumpridas as condições pactuadas no acordo, haverá a declaração de extinção da punibilidade do investigado quanto aos fatos de que trata o processo, advertindo que, se tais condições forem descumpridas, a denúncia será ofertada e a ação penal poderá ter seguimento. 4. Feitos esses esclarecimentos, o juiz deve ler as condições pactuadas, constantes do termo de acordo e questionar se o acordante a elas aderiu de modo informado e consciente. 5. Confirmada a voluntariedade do acordante, o juiz faz as pertinentes pontuações sobre a legalidade do acordo, aduzindo que o delito, em tese, imputado ao acusado constitui crime cometido sem violência ou grave ameaça e com pena mínima, em abstrato, inferior a quatro anos. Verifica ainda o cumprimento do requisito atinente à confissão formal e material, pela juntada da mídia digital aos autos. 6. Após tais providências, o magistrado declara homologado o ANPP firmado entre as partes e formalizado em termo juntado aos autos. 7. Devolvem-se os autos ao MP para que promova o cumprimento junto à vara de execuções penais”. Cf. Justiça Federal. Centro Local de Inteligência da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul, em **Nota Técnica n.º 7590678/2021**. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/0000bd/0000bd28.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

6 Segundo o art. 28-A, §3º, do CPP.

7 Nesse sentido, explicam Mendonça, Camargo e Roncada (2020): “Ao analisar se é o caso ou não de homologação, o Judiciário deve exercer nítida atividade fiscalizatória, no tocante: (a) à base fática, para analisar se há justa causa para a denúncia (função cognitiva do Judiciário) (HOPPE, 2018); (b) à voluntariedade, isto é, verificar se o acordo foi feito livre de coações e com consentimento informado pelo investigado; ou seja, é atribuição do juiz aferir se o investigado está devidamente ciente dos termos do acordo, das condições que assumiu e, ainda, das consequências em caso de descumprimento do acordo; inclusive, para tanto, designa-se uma audiência em que o juiz irá ouvir pessoalmente o investigado, na presença de seu defensor; (c) à legalidade do acordo, o que inclui a análise sobre o cabimento (se preenche os requisitos positivos e negativos) e sobre as condições acordadas”. Cf. MENDONÇA, Andrey. CAMARGO, Fernão. RONCADA, Katia. **Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa**. Estudo de Comemoração aos 20 Anos da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), 2020. Disponível em: [http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4\\_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf](http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf). Acesso em: 19 fev.2022.

legais, bem como analisará a voluntariedade das partes ali envolvidas, devendo, para isso, ser ouvido o investigado na presença da sua defesa técnica (advogado ou Defensor Público)<sup>8</sup>. Isso garantirá que o consenso entre as partes seja não só livre, como plenamente legal e consciente<sup>9</sup>, ao passo que o juiz garante que a aceitação do investigado foi autônoma. Assim, caso o magistrado verifique que as condições ali dispostas são inadequadas, insuficientes ou abusivas, ele determinará a revisão do ajuste firmado ou indeferirá, desde logo, a homologação quando entender não ser cabível o ANPP<sup>10</sup>.

Convém consignar, por oportuno, que esse controle judicial se restringe ao exame de formalidades legais e observância dos negócios jurídicos válidos, não cabendo ao juiz intervir na proposição do acordo, tampouco em seu conteúdo, dada a própria natureza discricionária do instituto de ANPP.<sup>11</sup> Sob esses balizamentos, a chancela judicial não tem natureza condenatória, mas, sim, como enfatizam alguns autores, declaratória – para nós, mais do que isso: declaratória-constitutiva, uma vez que nela o magistrado reconhece judicialmente a legalidade, adequação e suficiência das cláusulas. Em resumo, como nos explica Aras (2020), a função do juiz é examinar a voluntariedade da avença e sua legalidade, de modo que três situações podem decorrer dessa checagem judicial: i) a homologação; ii) a necessidade de modificações ou emendas; iii) a não homologação do acordo<sup>12</sup>.

---

8 Nas palavras de Cunha (2020): “Ao analisar o ANPP, o juiz pode: a) homologar o acordo de não persecução penal, devolvendo os autos ao Ministério Público para que se inicie sua execução perante o juízo de execução penal (art.6º); b) se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta do acordo, com concordância do investigado e seu defensor (§5º). Tendo a concordância do investigado, a hipótese é de retratação. Ou o Ministério Público reabre as negociações, ou oferece a denúncia-crime; etc) se entender que não é o caso do acordo, devolverá os autos ao Ministério público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (§8º). Mas e se o Ministério Público discordar do juiz e insistir no ANPP já assinado? Surge um conflito entre o promotor de justiça e o juiz. E quem resolve o impasse? De acordo com a Res. 181/17 do CNMP, não sem razão, tratando-se de divergência envolvendo o juiz e o titular da ação penal, este único responsável pela implementação da política criminal adotada pela instituição ministerial, a solução deve ser dada pelo órgão superior do ministério público (PGJ, nos estados, Câmara de Revisão, no âmbito da União). A lei 13.964, contudo, preferiu “escalar” para a solução do conflito o próprio Judiciário. O juiz deve recusar a homologação (§7º), desafiando, essa decisão, recurso em sentido estrito (art.681, XXV, CPP). Essa arquitetura, entretanto, é equivocada e inconstitucional, violando não somente o sistema acusatório (prestigiado pela mesma Lei 13.964/19, art.3º-A), mas a independência do Ministério Público brasileiro (arts.127, caput, 127, §1º, e 129, I, todos da CF)”. Cf. CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 136.

9 A propósito, diz Mac Crorie (2013): “Finalmente, é ainda importante apurar se houve um esclarecimento devido, na medida em que as ‘condições informais’ podem ajudar a garantir a voluntariedade da renúncia. Aqui não se trata tanto da questão de saber se o consentimento é livre, mas sim esclarecido. Trata-se de aferir se foram criadas todas as condições ‘para o indivíduo em causa dispor da informação necessária, de modo a decidir com pleno conhecimento de causa se pretende renunciar a um direito’”. Cf. MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Almedina: Coimbra, 2013. p. 134.

10 Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações, ajuste no acordo firmado ou o oferecimento da denúncia. Da decisão que recusar a homologação, cabe recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, XXV).

11 Cf. CASTRO, Renato de Lima. **Acordo de Não Persecução Cível na Lei de Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020, página 225. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato\\_de\\_Lima\\_Castro.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf). Acesso em: 26 fev. 2022

12 Cf. ARAS, Vladimir. *et alli*. **Lei Anticrime Comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 183.

Para Cunha (2020), a homologação é um verdadeiro ato de julgamento do acordo, sendo acertadamente necessária para verificar se o ANPP foi ou não estabelecido contra a vontade do investigado, julgamento a cargo do juiz, que estará na presença do investigado e da defesa técnica<sup>13</sup>. Nessa mesma toada, o Enunciado n.º 24 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais/GNCCRIM, órgão do Ministério Público, estabeleceu o seguinte<sup>14</sup>:

A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/contéudo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório (Cf. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) e Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Comissão Especial – GNCCRIM. Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime (Lei n.º 13.964/2019), Janeiro/2020, p. 7).

Diante disso, cumpre mencionar as lições de Ferrajoli (1998), citadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4414/AL<sup>15</sup>:

A separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais do investigado (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567). (cf. Supremo Tribunal Federal - STF, Ação Direta de Inconstitucio-

---

13 Cf. CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/19: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 137.

14 O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) aprovou os enunciados produzidos pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) que visam orientar os membros do Ministério Público brasileiro na interpretação e aplicação da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019). Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 26 fev.2022. De igual forma, o Ministério Público do Estado do Ceará, acertadamente, em seu Enunciado n.º 21 já firmou o seguinte entendimento: “A homologação do acordo de não persecução penal a ser realizada pelo juiz das garantias restringe-se ao juízo de voluntariedade e legalidade da proposta, não abrangendo a análise da necessidade e suficiência para prevenção e reprovação do crime”. Cf. Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado do Ceará (MPCE). **Enunciados do CAOCrim sobre ANPP**. Disponível em: [file:///C:/Users/ricke/Downloads/DICAS%20DO%20CAOCRIM%20VOC%C3%8A%20SABIA%20-%20Enunciados%20do%20CAOCRIM%20sobre%20ANPP.indd%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ricke/Downloads/DICAS%20DO%20CAOCRIM%20VOC%C3%8A%20SABIA%20-%20Enunciados%20do%20CAOCRIM%20sobre%20ANPP.indd%20(2).pdf). Acesso em: 26 fev.2022.

15 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3994214>. Acesso em: 26 fev.2022.

nalidade 4.414 Alagoas, Relator Ministro Luiz Fux, Data do julgamento: 31.maio.2012, p. 5).

Em verdade, não há qualquer dúvida no tocante às cautelas empregadas pelo Judiciário ao analisar o ANPP. É bem verdade que o §5º do art. 28-A confere ao magistrado a atribuição de avaliar a adequação e suficiência das condições estabelecidas no acordo, que é algo distinto de avaliar a suficiência do ANPP propriamente dito. Todavia, há que ser exercida com grande comedimento, restringindo-se o juiz a intervir nos casos extremos<sup>16</sup>. Nas palavras do Ministro Luiz Fux (2020), ao julgar a ADI 6.305 MC/DF<sup>17</sup>:

[...] A a autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência) permanece plena, vez que ao magistrado cabe, no máximo, não homologar o acordo. O magistrado não pode intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo (o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a imparcialidade objetiva do julgador). Ao revés, o juiz poderá somente (a) não homologar ou (b) devolver os autos para que o parquet – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, por exemplo (art. 28-A, §8º). (cf. Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6298 – Distrito Federal, Relator: Ministro Luiz Fux, data do julgamento: 22 de janeiro de 2020).<sup>18</sup>

A partir dessa explanação introdutória sobre a solenidade na homologação do ANPP, convém, finalmente, consignar que, muito embora a audiência de homologação seja corretamente lastreada em tamanha cautela, o dispositivo que disciplina o ato judicial não faz menção expressa à presença do Ministério Público na audiência em juízo. Essa imprevisão acerca de uma obrigatoriedade, proibição ou faculdade da presença do membro ministerial na realização da audiência, decerto, tem suscitado intensos debates, na medida em que a instituição figura nesse contexto, a um só tempo, como sujeito acordante, titular da ação penal e fiscal da ordem jurídica.

16 Cf. Centro Local de Inteligência da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul. **Nota Técnica n.º 7590678/2021**. Assunto: Acordo de Não Persecução Penal. 2021, p.5. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/0000bd/0000bd28.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

17 A ADI n.º 6.305 foi ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugnando os artigos 3º-A; 3ºB, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n.º 13.964/2019.

18 Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf). Acesso em 26 fev. 2022.

## 2 AS CORRENTES DE PENSAMENTO SOBRE O TEMA

Sobre o tema, pode-se dizer que hoje se observam três correntes de pensamento: a primeira, de que a presença do Ministério Público é obrigatória; a segunda, de que é facultativa; e uma terceira, que pode ser considerada mista, de que a participação deve contar com membro diverso daquele que celebrou o acordo com o investigado. Nenhuma delas abriga o entendimento de que a participação seria vedada ou proibida pela legislação.

Em apoio à primeira corrente, Aras (2020) sustenta que não somente o Ministério Público como também a vítima devem estar presentes, junto com o investigado, a essa audiência, que é pública, por considerá-la um ato processual, seguindo, portanto, a regra de qualquer audiência judicial. Além disso, sendo a ação penal de iniciativa pública, e não havendo cláusula legal de sigilo, não se compreende a realização de audiência judicial sem a participação do Ministério Público.

A presença do Promotor ou Procurador na audiência de ratificação, segundo ele, também se justifica no proveito do processo, por economia processual, para o caso de ser necessária alguma modificação nas cláusulas, ou nas condições do acordo ou para esclarecimento, que possa ser prestado no próprio ato. Por isso, em seu entendimento, o Ministério Público não deve se abster de comparecer ao ato, tampouco pode ser impedido pelo juiz de fazer-se presente<sup>19</sup>.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), por meio da relatoria da Desembargadora Glaucia Dipp Dreher (2021), ao julgar a Correição Parcial Criminal n.º 70084972850, interposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), ressaltou que a presença do Ministério Público é absolutamente indispensável, já que ele é um dos acordantes do ajuste firmado, de tal modo que a sua ausência no ato judicial vem a ferir o princípio da isonomia<sup>20</sup>.

19 Cf. ARAS, Vladimir. *et alli*. **Lei Anticrime Comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 183.

20 Cf. a seguinte decisão: “CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO JUDICIAL QUE VEDA A PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. DECISÃO TUMULTUÁRIA RECONHECIDA. A correição parcial tem por objetivo a emenda de erros ou abusos que importem na inversão tumultuária de atos e fórmulas legais, na paralisação injustificada dos feitos ou na dilatação abusiva de prazos, quando, para o caso, não haja recurso previsto em lei, hipótese que se verifica no caso dos autos. A determinação judicial que veda a presença do Órgão Ministerial na audiência de homologação de Acordo de Não Persecução Penal, vai contra a sistemática legal. Trata-se de audiência pública, que segue a regra geral. A presença do Ministério Público, por ser um dos acordantes, mostra-se necessária, mesmo que não possa intervir durante a solenidade. E a simples presença, na forma postulada, não parecer ser ameaça à condução da solenidade, em especial pelo disposto nos § 5º e § 8º do art. 28-A do CPP, nem mesmo ao indiciado, uma vez que obrigatória a presença de seu defensor. De outra banda, a questão gravita sobre a realização de audiência para homologação de acordo, no qual uma das partes não estaria presente, o que parece não ser crível, e fere o Princípio da Isonomia. E mais, a averiguação da voluntariedade e da legalidade pelo juiz, não se presume prejudicada pela presença de ambos os acordantes na solenidade homologatória. E sendo uma atribuição conferida ao Ministério Público, isto é, sendo ele uma das partes do acordo da não persecução penal, é inadmissível que ele não possa participar da audiência para homologação do referido acordo, sob pena de nulidade do ato. Não há qualquer vedação legal neste sentido como pode se observar do teor do artigo

Seguindo essa linha de raciocínio, Josita (2020), em suas ponderações sobre a prática em audiências criminais, explica que a audiência de homologação deve contar com a presença do Juiz, Promotor de Justiça, investigado e sua defesa técnica (advogado ou Defensor Público). Somente contando com a presença de todos, o magistrado deverá ler os termos do acordo firmado, analisar sua legalidade e questionar a voluntariedade do investigado, bem como a ciência da defesa técnica. Para ela, a lei traz em seu dispositivo que, caso o juiz entenda que as condições são insuficientes devolverá os autos ao MP para adequação<sup>21</sup>, e isso deve ser realizado imediatamente, isto é, na própria audiência de homologação, em nome dos princípios da economia processual e da celeridade. Por essas razões, torna-se imprescindível a presença de todos, incluindo o representante do Ministério Público<sup>22</sup>.

Corroborando tais entendimentos, em Procedimento Administrativo de Controle de ANPP, e que serviu de base para o banco de projetos do CNMP, o Promotor de Justiça do Estado do Paraná, Fernando Augusto S. Barbugini (2020), ressaltou que a audiência judicial contará com a presença de todos (juiz, indiciado, defensor e representante do Ministério Público), na qual se questionará a respeito da livre vontade do acordante naqueles termos (evitando-se qualquer tipo de pressão), especialmente por conta da confissão circunstanciada que é requisito essencial para sua celebração<sup>23</sup>. Para ele, por se tratar de uma audiência judicial, o ato contará normalmente com a presença do Promotor (ou Procurador).

Aplicando essa fundamentação – com destaque à otimização de tempo e recursos, em tese apresentada no Seminário de Teses do Ministério Público do Paraná (MPPR)

---

28-A, § 4º do CPP” (TJ-RS - COR: 70084972850 RS, Relator: Glauca Dipp Dreher, data de julgamento: 22/03/2021, Sétima Câmara Criminal, data de publicação: 24/03/2021). Disponível em: file:///C:/Users/ricke/OneDrive/Desktop/TJ-RS\_COR\_70084972850\_db5c7.pdf. Acesso em: 27 fev. 2022.

21 Cf. art.28-A, § 5º, CPP: “§5º. Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor”.

22 A propósito, e fazendo coro a tantos outros doutrinadores, Josita (2020) ressalta que a audiência de homologação é o momento em que o juiz ouvirá o investigado para saber se ele aceitou de forma voluntária o ANPP, bem como avaliar se o acordo preencheu todos os requisitos legais. A lei fala que, caso o juiz entenda que as condições são insuficientes devolverá os autos ao MP para adequação, e segundo ela, isso é feito ali mesmo, de forma oral na audiência, em nome do princípio da economia e da celeridade, por isso é essencial que todos estejam presentes, a saber: Juiz, Promotor de Justiça, investigado e seu defensor. Inclusive, ela pontua que, nesse momento, caso o advogado não tenha participado da formalização do ANPP e, percebe que as condições são onerosas e seu cliente não poderá cumprir, deverá pedir a palavra para argumentar isso perante o Juiz. Pode argumentar que não estava presente na audiência anterior e que seu constituinte não estava bem orientado, estava com medo de ser preso e aceitou o que lhe foi oferecido. Essa brecha é dada justamente pelo fato de ser Justiça penal consensual. Então, por todas essas razões, é imprescindível a presença de todos, especialmente do Ministério Público. Cf. JOSITA, Hygina. **Curso Prático de Audiências Criminais**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 83.

23 Cf. BARBUGIANI, Fernando Augusto S. Ministério Público do Paraná (MPPR). **Viabilização dos Acordos de Não Persecução Penal (ANPP)** perante a 4ª Promotoria de Justiça de Araçongas. Padronização. Utilização de ferramentas virtuais para superar as restrições do isolamento social. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/ricke/Downloads/PORTARIA\_INAUGURAL\_PROCEDIMENTO\_ADMINISTRATIVO\_DE\_CONTROLE\_ANPP%20(4).pdf. Acesso em: 28 fev. 2022.

do ano de 2021, e publicada em obra de sua Escola Superior<sup>24</sup>, Blum Júnior e Oliveira (2021) destacam a obrigatoriedade do Ministério Público em participar do ato judicial no qual o acordo será homologado, trazendo à baila uma procedimentalização do ANPP bastante peculiar. Segundo sua tese publicada, em que se considerou a lacuna legislativa acerca do tema<sup>25</sup>, ao deparar com a possibilidade de oferecimento do ANPP, o Ministério Público deve, desde logo, requerer o agendamento da audiência judicial, visto que, naquele ato, será realizado tanto a formalização, quanto a homologação do ANPP. Para ele, deve ser uma audiência judicial dividida em dois momentos. O primeiro momento, é utilizado para firmar o acordo, contando somente com a participação do membro do Ministério Público, o investigado e seu defensor. O segundo momento, que ocorre logo em sequência, é utilizado para a homologação do acordo, contando com a presença de todos (juiz, Ministério Público, investigado e seu defensor). Dito isso, qualquer reajuste no “Termo de Acordo” será então realizado na própria audiência judicial, de modo que se revela imprescindível a presença integral do Promotor de Justiça (ou Procurador), por uma clara questão de celeridade e otimização de recursos, em uma perspectiva de aproveitamento de atos procedimentais<sup>26</sup>.

Essa forma de procedimentação do ANPP, já é costumeira no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF), que regulamentou a realização de audiências

---

24 Cf. JÚNIOR, João Conrado Blum. OLIVEIRA, Bruna Mayara de. *Transformação e reflexão da realidade sob a ótica do MP. Uma interpretação possível para Celebração do Acordo de Não Persecução Penal*. Escola Superior do MPPR, 2021, p. 200/204. Disponível em: [https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao\\_e\\_reflexao\\_da\\_realidade\\_sob\\_a\\_otica\\_do\\_MP.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao_e_reflexao_da_realidade_sob_a_otica_do_MP.pdf). Acesso em: 26 fev. 2022.

25 Para ele, poder-se-á realizar a formalização e homologação do acordo no mesmo ato judicial – uma seguida da outra, conforme apresentado em sua tese: “Vale dizer, como a lei processual penal não proíbe essa forma de atuar e muito menos estabelece procedimento estanque para que se ofereça o acordo, não havendo uma única via do “como” será feita a proposta, esta é juntada ao feito, requerendo-se a designação imediata de audiência pelo Juízo de direito para que seja colhida a aceitação (voluntariedade) pelo investigado e o magistrado avalie a legalidade das condições propostas. Destarte, como necessariamente sempre deverá ser marcada uma audiência judicial para que o Poder Judiciário exerça seu controle sobre a liberdade de adesão ao acordo, para verdadeira fiscalização do negócio jurídico-processual, se o investigado realmente está ciente e quer aquilo, dentro do espectro maior de legalidade, por que motivo não fazê-lo desde logo, se o artigo 28-A não o proíbe?” Cf. JÚNIOR, João Conrado Blum. OLIVEIRA, Bruna Mayara De. Artigo: **Uma Interpretação Possível do Procedimento para Celebração de Acordo de Não Persecução Penal**. 2021, página 202. *Transformação e Reflexão da Realidade sob a ótica do MP*. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: [https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao\\_e\\_reflexao\\_da\\_realidade\\_sob\\_a\\_otica\\_do\\_MP.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao_e_reflexao_da_realidade_sob_a_otica_do_MP.pdf). Acesso em: 26 fev. 2022.

26 Em suas palavras: “A audiência é cindida em dois atos. No primeiro ato somente participam o membro do Ministério Público, o investigado e seu defensor. (...) Na parte final do primeiro ato, com todos os termos da proposta de acordo esclarecidos e com a colheita da confissão, pede-se para constar em ata a proposta aceita pelo investigado e assim tem-se por firmado o negócio jurídico-processual. (...) Em seguida, no segundo ato da **audiência**, ingressa na sala de audiências (virtual ou presencial) o magistrado, que então participa para aferir a voluntariedade pelo investigado e a legalidade do acordo. Estando tudo em conformidade, o juiz de direito homologa imediatamente o acordo, constando tudo em ata. Daí para frente, abre-se vista ao Parquet para o início da execução do acordo de não persecução penal”. Cf. BLUM JÚNIOR, João Conrado; OLIVEIRA, Bruna Mayara de. **Uma Interpretação Possível do Procedimento para Celebração de Acordo de Não Persecução Penal**. 2021, p. 203. *Transformação e Reflexão da Realidade sob a ótica do MP*. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: [https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao\\_e\\_reflexao\\_da\\_realidade\\_sob\\_a\\_otica\\_do\\_MP.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao_e_reflexao_da_realidade_sob_a_otica_do_MP.pdf). Acesso em: 26 fev. 2022.

de Acordo de Não Persecução Penal através da Portaria Conjunta n.º 74/2020<sup>27</sup>, orientando a possibilidade de realizar a formalização e homologação do ANPP em apenas um único ato judicial, o qual contará com a integral presença do Ministério Público, sem prejuízo da análise de voluntariedade e legalidade do acordo. Conforme o entendimento daquele Tribunal, somente no caso de sobrevir dúvida acerca da irregularidade no acordo, o magistrado poderá, no transcorrer da audiência judicial, solicitar a oitiva individual do investigado – que estará sempre acompanhado da defesa técnica<sup>28</sup>.

No entendimento de Carvalho (2021), o Ministério Público é, sobretudo, fiscal da ordem jurídica, valendo-se da incumbência de preservá-la, de modo que deve participar de todo e qualquer ato processual, incluindo a homologação do ANPP<sup>29</sup>.

Em contrapartida, para Cunha (2020), que parece filiar-se à segunda corrente, a audiência de homologação é uma solenidade, na qual o juiz marca audiência para verificar a legalidade e a voluntariedade do acordo, por meio da oitiva do investigado na presença de seu defensor. Em sua opinião, confere-se ao juiz, com a oitiva do investigado e de seu defensor, a salutar possibilidade de avaliar se o acordo foi ou não forçado, contra a vontade do investigado. Daí porque, segundo ele, não há previsão quanto à presença do proponente do acordo, isto é, o Ministério Público, mas somente do investigado e seu defensor<sup>30</sup>.

Dito de outro modo, a presença do membro é facultativa, porém, é essencial que ele não esteja presente na realização da audiência, visto que o ato é direcionado à oitiva do investigado, com o fito de verificar qualquer forma de constrangimento por ocasião da celebração do acordo, a presença do Ministério Público não seria sensata nesse momento. Nessa toada, Lima (2021) explica que a ausência do órgão ministerial justifica-se sob o argumento de que a audiência de homologação tem como objetivo verificar se houve

---

27 Cf. TJDF. **Portaria Conjunta n.º 74/2020**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2020/portaria-conjunta-74-de-30-06-2020>. Acesso em: 27 fev.2022.

28 Vejamos: “Artigo 8º: O Ministério Público requererá ao juízo a designação de audiência presencial por videoconferência para propositura de ANPP ou para a homologação de ANPP celebrado. (...) Artigo 10: A audiência do ANPP será realizada em duas etapas. §1º- Na primeira etapa, a audiência será secretariada por um servidor do juízo e será conduzida pelo membro do Ministério Público; §2º- O membro do Ministério Público apresentará as condições para o cumprimento do ANPP ao investigado e ao seu defensor. (...) §6º- Na segunda etapa da audiência, presidida pelo Juiz, será verificada a legalidade e a voluntariedade do investigado na aceitação do ANPP, por meio de sua oitiva, que será gravada e lançada no PJe. §7º- Nos casos em que houver requerimento apenas de homologação do ANPP celebrado entre as partes, proceder-se-á na forma do parágrafo anterior. §8º- Havendo dúvidas quanto à voluntariedade do investigado na aceitação do ANPP, o Juiz poderá realizar sua oitiva individual, movendo o membro do Ministério Público, na Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais Cisco Webex, para sala virtual própria com a funcionalidade “mover ao lobby”, momento no qual a gravação do ato será pausada” Cf. TJDF. **Portaria Conjunta n.º 74/2020**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2020/portaria-conjunta-74-de-30-06-2020>. Acesso em: 27 fev. 2022.

29 Cf. CARVALHO, Sandro carvalho Lobato de. **Questões práticas sobre o Acordo de Não Persecução Penal**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2021, p. 147. Disponível em: [https://esmp.mpma.mp.br/pluginfile.php/34870/mod\\_resource/content/1/13830\\_e-book-sandro-carvalho-lobato-de-carvalho.pdf](https://esmp.mpma.mp.br/pluginfile.php/34870/mod_resource/content/1/13830_e-book-sandro-carvalho-lobato-de-carvalho.pdf). Acesso em: 27 fev. 2022.

30 Cf. CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 136.

algun tipo de constrangimento para fins de celebração do acordo<sup>31</sup>.

Adotando esse entendimento, em publicação na Coletânea de Artigos do Ministério Público Federal (MPF), o Promotor de Justiça Lucas Cesar Costa Ferreira (2020) pontuou que, apesar da lei não ter sido clara sobre a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação, deve-se considerar a natureza jurídica do ato em questão, ou seja, o legislador define expressamente o seu escopo, a saber, a aferição da voluntariedade do investigado. Desse modo, torna-se forçoso reconhecer que a presença do Ministério Público em audiência de homologação revela-se, segundo ele, absolutamente despidianda<sup>32</sup>.

Nesse sentido, o Ministério Público de São Paulo (MPSP), em seu Enunciado n.º 26, que dispõe sobre a aplicação das alterações introduzidas pela Lei n.º 13.964/19 (Lei Anticrime), assinalou: “Não é obrigatória a participação do membro do Ministério Público na audiência de homologação do acordo de não persecução penal prevista no §4º do art. 28-A do CPP”<sup>33</sup>. Para além disso, por seu Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais (CAOCrim), em roteiro elaborado para a prática do ANPP, aquele órgão ministerial orientou a presença facultativa do Ministério Público, explicando que a omissão do legislador quanto à presença do membro na audiência de homologação não se deu por acaso, revelando-se como uma faculdade conferida ao Ministério Público, que, decerto, reconhece a sua prescindibilidade no ato<sup>34</sup>. De igual forma, a faculdade conferida à instituição também foi orientada pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte (MPRN), por meio do seu Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais (CAOP Criminal)<sup>35</sup>.

Em Nota Técnica emitida, com fulcro na Resolução n.º 499/2018 do Conselho da Justiça Federal (CJF), o Centro Local de Inteligência da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul (CLI/MS), por meio da relatoria da Juíza Federal Substituta Júlia Cavalcante Silva Barbosa (2021), assim discorreu<sup>36</sup>:

---

31 Cf. LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19 artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 234.

32 Cf. FERREIRA, Lucas. A Nova Disciplina do Acordo de Não Persecução Penal: Implicações Práticas para o Ministério Público. **Coletânea de Artigos, Ministério Público Federal**, Volume 7, 2020, p.322. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr\\_coletanea\\_artigos\\_vol7\\_final.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf). Acesso em: 19 fev. 2022.

33 Cf. Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP). **Enunciados PGJ-CGMP SP**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal\\_Juri\\_Jecrim/Enunciados\\_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf). Acesso em: 19 fev. 2022.

34 Cf. Ministério Público de São Paulo (MPSP). **CAOCrim MPSP. Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei n. 13.964/19**. 3ª Ed, 2021, p. 18. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/Roteiro-de-ANPP\\_Segunda-Edicao\\_com-ANEXOS.pdf](https://www.mpsp.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/Roteiro-de-ANPP_Segunda-Edicao_com-ANEXOS.pdf). Acesso em: 19 fev. 2022.

35 Cf. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MPRN). **Manual de Atuação e Orientação Funcional: Acordo de Não Persecução Penal**. PGJ RN. 2020. p. 39/40. Disponível em: [http://www.ampern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual\\_ANPP\\_CAOP%20Criminal.pdf](http://www.ampern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual_ANPP_CAOP%20Criminal.pdf). Acesso em: 19 fev.2022.

36 Cf. Centro Local de Inteligência da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul. **Nota Técnica n.º 7590678/2021**. Assunto: Acordo de Não Persecução Penal. 2021, p.5. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/0000bd/0000bd28.pdf>. Acesso em: 19 fev.2022.

Superadas as etapas de apresentação da proposta, de negociação das condições e de formalização do ANPP, tem lugar a audiência judicial para homologação do acordo, nos termos do §4º do art. 28-A. Como já pontuamos alhures, entende-se que este ato deve servir exclusivamente para que se verifique a legalidade do ajuste, bem como a voluntariedade da adesão ao acordo, por meio da oitiva do investigado na presença de seu defensor. A esta altura, mesmo a confissão do acusado já deverá ter sido colhida pelo Ministério Público e constar inclusa nos autos, gravada em mídia digital. Em tal cenário, faz-se inteiramente dispensável a presença do membro do Ministério Público ao ato, reiterando-se, contudo, a exigência de que estejam presentes o investigado/acordante e o seu defensor. Visando à uniformização dos procedimentos atinentes a esta audiência, incluímos no anexo I da presente Nota Técnica um roteiro para orientar os magistrados na condução do ato, atentando para tudo o que deve ser dito, a fim de que o acordante esteja ciente sobre a natureza do instituto, as condições do acordo e as consequências de eventual descumprimento, e assim o juiz possa certificar-se de que sua vontade foi manifestada de maneira informada e consciente. (Nota Técnica n.º 7590678/2021. Assunto: Acordo de Não Persecução Penal. 2021, p.5).

Em sentido semelhante, o Ministério Público do Estado do Piauí (MPPI), ao se manifestar sobre a homologação do ANPP, em seu Enunciado n.º 10, ressaltou a imprescindibilidade tão somente de intimação do membro, quando da audiência de homologação do ANPP, conferindo-lhe faculdade em relação a sua presença no ato<sup>37</sup>.

Ao que se percebe, esse raciocínio analisa a natureza da homologação do acordo, levando à reflexão acerca do papel de cada parte envolvida, vale dizer, a do juiz, ali, seria o de analisar eventual ilegalidade do ajuste, algo que estaria fortemente comprometido com a presença do Ministério Público. Com efeito, o trâmite do ANPP “é uma negociação entre as partes, que são livres para bem negociar; todavia, é preciso respeitar parâmetros mínimos para que não seja um acordo de adesão pelo investigado (...)”<sup>38</sup>

37 Cf. Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado do Piauí. **Enunciados da PGJ MPPI**. Enunciado n.º 10: “O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, deverá ser intimado da audiência judicial de homologação do ANPP”. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/01/MANUAL-ANPP-2020.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

38 Cf. SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. **Notas sobre o Acordo de Não Persecução Penal**. In: Conjur. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordao-persecucao-penal>. Acesso em: 19 fev.2022.

Reforça esse pensamento a necessidade de levar-se em conta que não cabe ao juiz participar da formalização do acordo, visto que, se eventualmente não houver nenhum ajuste firmado, o caso fatalmente teria sua imparcialidade afetada por sua precedente intervenção nas negociações do ANPP. Nesse lanço, o Juiz de Direito no Estado de São Paulo, Gláucio Roberto Brittes de Araújo (2021), em obra publicada no Caderno Jurídico da Escola Paulista da Magistratura (EPM), assevera que também é conveniente, embora não obrigatória, a ausência do membro do Ministério Público na audiência de homologação para assegurar a tranquilidade do investigado, sob orientação de seu defensor, já que a fiscalização estaria a cargo do juiz<sup>39</sup>.

Utilizando-se das mesmas razões acima expostas, o Ministério Público do Estado da Paraíba (MPPB), por meio da Recomendação CGMP n.º 001/2021, ressaltou que as tratativas de celebração do ANPP devem ocorrer no âmbito do Ministério Público sem interferências do Judiciário, reservando-se ao juiz a sua função fiscalizatória da voluntariedade e legalidade do acordo e, para tanto, é salutar que esta última ocorra sem a interferência do Ministério Público<sup>40</sup>.

No mais, outros órgãos ministeriais, muito embora não adentrando efetivamente no cerne da questão, também destacaram essa faculdade conferida ao Ministério Público, a exemplo da Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CGMP/MG), que expediu o Ato n.º 2, que trata das recomendações e orientações destinadas ao exercício da atividade-fim, onde discorreu em seu Título II, art. 77: “Para a homologação do acordo, será conveniente, porém facultativo, o comparecimento do órgão de execução à respectiva audiência.”<sup>41</sup> De igual forma, o Ministério Público do Estado de Goiás (MPGO), por intermédio do seu Centro de Apoio Operacional Criminal (CAOCrim), ressaltou: “(...) Na audiência a que se refere o dispositivo, não há previsão quanto à presença do proponente do acordo (Ministério Público), mas somente do investigado e seu defensor”<sup>42</sup>.

---

39 Cf. ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. **Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal**. Caderno Jurídico da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, Janeiro/Março 2021, n.º 57, 2021, p. 161-177. Disponível em: [https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj\\_n57\\_08\\_breves%20coment%C3%A1rios%20sobre.pdf?d=637437204620483715](https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_08_breves%20coment%C3%A1rios%20sobre.pdf?d=637437204620483715). Acesso em: 19 fev.2022.

40 Cf. Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado da Paraíba. **Recomendação CGMP/PB n.º 001/2021**. Diz o art. 3º: “As eventuais tratativas prévias para fins de celebração de ANPP, assim como o próprio oferecimento da proposta de Acordo, tanto na modalidade presencial quanto na virtual, devem ocorrer no âmbito do próprio Ministério Público, reservando-se ao juízo a realização de audiência com finalidade exclusiva de homologação do Acordo (art. 28-A, §4º do CPP), sendo aconselhável que o órgão ministerial não participe de tal ato processual”. Disponível em: [file:///C:/Users/ricke/Downloads/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20CGMP%20n.001\\_2021,%20de%2016.07.2021.pdf](file:///C:/Users/ricke/Downloads/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20CGMP%20n.001_2021,%20de%2016.07.2021.pdf). Acesso em: 19 fev.2022.

41 Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/diariooficial/DO-20210416.PDF>. Acesso em: 27 fev.2022.

42 Cf. Ministério Público do Estado de Goiás (MPGO). **Manual de Atuação e Orientação Funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)**. 2020, página 20/21. Disponível em: [http://www.mngo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18\\_08\\_30\\_417\\_Manual\\_Acordo\\_de\\_N%C3%A3o\\_Persecu%C3%A7%C3%A3o\\_Penal.pdf](http://www.mngo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf). Acesso em: 27 fev.2022.

De outra banda, com algumas variações, a terceira corrente sobre o tema, apesar de fundamentada como as demais, vacila por não deixar clara a função do Ministério Público no acordo, refletindo um problema grave dos dias atuais: a perda de identidade do nosso sistema jurídico-penal. Neste último entendimento, a participação do Ministério Público na audiência de homologação do ANPP é imprescindível, todavia, deve contar com o membro diverso daquele que celebrou o acordo com o investigado, como se fora, podemos dizer, uma espécie de “Promotor das Garantias”.

O ponto central dessa linha de raciocínio é proteger a análise fiscalizatória do acordo exercido na audiência de homologação. É o mesmo princípio adotado na dimensão do chamado juiz das garantias. O juiz das garantias foi criado, em síntese, para evitar o comprometimento da imparcialidade do magistrado na condução e julgamento da ação penal, já que o julgador será distinto daquele que atuou na fase de investigação criminal. De igual modo, o membro do Ministério Público, que realizou o ANPP, não poderia ser o mesmo daquele presente na audiência de homologação em que se avalia a legalidade do ajuste firmado. Em outras palavras, quer-se aqui evitar uma situação em que o investigado, que firma o acordo com o membro do Ministério Público, na audiência de homologação, estará diante do mesmo membro, cuja atribuição será fiscalizar a atividade do juiz na verificação da legalidade desse acordo. Isto, nessa linha de raciocínio, é um ponto preocupante, ainda mais quando se trata da necessidade de analisar a voluntariedade do acusado no pacto firmado, o qual não estaria verdadeiramente confortável na presença do membro que firmou o acordo.

Reforça esse entendimento levar em consideração que a audiência de homologação é justamente o momento apto para verificar qualquer irregularidade no ajuste pactuado, sendo que essa análise não poderia ser efetivamente realizada na presença do membro pactuante. Partindo-se dessa premissa, a audiência deve contar com Promotor (ou Procurador) diverso daquele que celebrou o acordo com o investigado.

Finalmente, sobre a divergência de entendimentos aqui trazidos sob análise, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), com base em seu último Código de Normas Judiciais emitido em 2021 - Provimento n.º 02/2021/CGJCE)<sup>43</sup>, no capítulo XVII, ao discorrer sobre o trâmite do ANPP, deixou de disciplinar a postura a ser adotada pelo magistrado em relação à presença do Ministério Público na audiência de homologação do ANPP. Seja como for, em termos práticos, as varas criminais do TJCE parecem, pelo menos por ora, estar indiferentes quanto a essa obrigatoriedade, deixando ao alvedrio do Ministério Público reclamar a sua participação ou dispensá-la.

---

43 Disponível em: file:///C:/Users/ricke/Downloads/Codigo %20de%20Normas%20Judiciais%20-%20Versao%20Portal%20CGJ%20ultima%20versao%2027.09.21.pdf. Acesso em: 28 fev.2022.

### 3 NOSSA POSIÇÃO

Sem dúvida, o ANPP é atualmente o instituto mais sofisticado e abrangente de justiça penal negociada no direito brasileiro. Bem por isso, merecia um disciplinamento mais cuidadoso pelo legislador e, de preferência, no bojo de um modelo acusatório de processo penal que melhor compatibilizasse a tradição anglosaxônica, na qual o ANPP obviamente se inspira e da qual parecemos nos aproximar cada vez mais, com amplos espaços para um juízo de oportunidade e pragmatismo na solução consensual dos casos criminais, e a continental europeia, de veia romano-canônica, com a qual ainda permanecemos abraçados, vincada no princípio da legalidade e orientada pela ideia de *full enforcement* com esteio na obrigatoriedade da ação penal.

No Brasil, hoje, estamos com um pé na legalidade e esticando a perna para afundar o outro pé na oportunidade. Decerto, isto traz consigo uma série de problemas jurídicos, agravados pelas modificações açodadas, e às vezes desastradas na legislação processual penal.

A despeito de previsão expressa na Resolução CNMP n.º 183/2017<sup>44</sup>, a lei não exige, tampouco veda, que o acordo seja celebrado e homologado na audiência de custódia, logo, com a presumível participação do Ministério Público. De igual modo, é silente quanto à presença do Ministério Público, referindo tão somente aos demais atores - juiz, investigado e seu defensor. Desse modo, indica que a sua presença não é essencial para o ato de homologação. Às vezes, a lei diz mais quando não expressa algo.

Não haveria qualquer problema em aceitar a presença obrigatória do Ministério Público se se tratasse de uma audiência judicial ao longo do exercício da ação penal, ou se tivéssemos um modelo processual tipicamente adversarial. É que, em tal situação, o Ministério Público atua como parte. Parece absolutamente razoável pensar que, sendo um dos acordantes, o Ministério Público compareça a juízo, junto com o investigado, também ele um acordante, para pedir a homologação do acordo<sup>45</sup>. É o que ocorre, afinal, na homologação da suspensão condicional do processo. Nela, em vez de, em momento anterior à denúncia, negociar um acordo, o Ministério Público simplesmente propõe uma medida despenalizadora. Mas a faceta negocial se revela quando, na audiência de

<sup>44</sup> Nos termos do art. 18, §7º: “§ 7º. O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia”.

<sup>45</sup> Exemplo da confusão que se pode fazer envolvendo atos anteriores ou posteriores ao exercício da ação penal é o seguinte julgado do TJRS: “Não obstante não haja previsão no art. 28-A do CPP, em seu parágrafo 4º, quanto à intimação do agente ministerial para a audiência de homologação do acordo de não persecução penal, a necessidade da oportunidade de sua participação na solenidade decorre do expressamente disposto no art. 564, inc. III, alínea d, do CPP, que estabelece a nulidade do ato processual que não observar a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública” (TJRS, 6ª Câmara, COR 70084972769/RS, Rel. Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, j. 31.3.2021, DJe 7.4.2021). Em sede de homologação de ANPP, afinal, não há ação penal. O acordo visa justamente dispensar o exercício da ação penal.

homologação, sendo o Ministério Público parte processual, eventualmente o acusado pleiteia alguma modificação na proposta<sup>46</sup>.

Contudo, na audiência do §4º, do art. 28-A, do CPP, a cogitada presença do Ministério Público implica reconhecer que a instituição ali está não como parte, mas exclusivamente como fiscal da ordem jurídica. Em outras palavras: um fiscal da legalidade do acordo que a própria instituição entabulou. Ocorre que o exame dessa legalidade é expressamente atribuído ao juiz, sem coparticipação. Não há sequer previsão de manifestação do membro do Ministério Público no momento imediatamente anterior à decisão, como é comum nos casos em que atua como fiscal da ordem jurídica. Principalmente, na avaliação da voluntariedade, a presença do Ministério Público, mesmo sendo outro membro, pode ser inibidora da livre manifestação do investigado, tornando-se algo inconveniente. Sob esse espírito, vale frisar, a homologação da colaboração premiada é decidida sem a exigência expressa da presença do Ministério Público<sup>47</sup>, mesmo quando o acordo é celebrado na ação penal.

Na transação penal, em que o Ministério Público faz um acordo e de imediato pede sua homologação, a situação é um tanto diferente porque a audiência preliminar é una e o modelo processual é orientado pela simplicidade, celeridade e oralidade. Sobremodo, porque o acordo é celebrado na presença mesma do juiz, a quem compete explicar ao autuado sobre tal possibilidade<sup>48</sup>.

O problema que nos parece central, na fundamentação da primeira corrente alhures exposta, é partir da premissa tradicional de que o Ministério Público sempre atua no processo penal porque é parte. Entretanto, o ANPP é um meio diversionista, um atalho que a lei abriu na trilha da persecução penal para solução da questão criminal. Não há processo; tem-se apenas um procedimento de natureza negocial com repercussão no exercício do poder punitivo. Afinal, por meio do ANPP, o Estado, representado pelo Ministério Público, abdica de apresentar em juízo sua pretensão punitiva quando vê celebrado um acordo com o investigado, desde que preenchidos certos requisitos estabelecidos na lei – e exatamente por isso, determina que o juiz constate o preenchimento dessas exigências - e que o próprio Ministério Público, numa esfera de poder que lhe foi dada para desenvolvimento de uma política criminal, entenda o acordo como um instrumento necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime<sup>49</sup>, algo, portanto, que se alinha com o propósito mesmo da pena que poderia ser aplicada, se pela falta de

46 Veja-se o art. 89, *caput* e §§1º e 2º, da Lei n.º 9099/95.

47 Consoante o §7º, do art. 4º, da Lei n.º 12850/13. A diferença aqui é que a audiência com o investigado-colaborador e seu defensor é faculdade do juiz, ao passo que na homologação do ANPP é exigida por lei.

48 Por força do art. 72, da Lei n.º 9099/95.

49 Nos termos do art. 28-A, *caput*, do CPP.

acordo sobreviesse um processo, mediante sentença do juiz da causa<sup>50</sup>.

Assim, diante do silêncio do dispositivo legal, não se pode exigir, tampouco proibir, a presença do Ministério Público<sup>51</sup>, muito embora a lei pudesse evitar a discussão se expressamente excluísse a participação ministerial haja vista que a iniciativa formal para o acordo decorre sempre de uma decisão do Ministério Público. Não se pode desconsiderar, outrossim, a independência funcional, por exemplo, se o acordo vier a ser gestado em audiência de custódia, no qual o membro do Ministério Público estará presente. A questão se coloca, pois, como de conveniência, com vistas à preservação da liberdade do investigado e a viabilização da homologação. Eventuais inconvenientes da ausência, como na hipótese de devolução do acordo para reformulação, segundo nos parece, não superam a inconveniência da presença.

E como se trata, então, de uma participação facultativa, embora inconveniente, como procuramos expor, a intimação para o ato se faz necessária. Exigir a intimação prende-se ao fato de que o Ministério Público possa estar ciente da tramitação do acordo em juízo e decidir, com esteio na sua independência funcional, se comparece ou não ao ato.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, entendemos que a segunda corrente é a mais adequada para o desfigurado contexto normativo atual no âmbito do processo penal brasileiro. Devidamente sopesados os prós e contras, deve prevalecer a corrente da não compulsoriedade da presença do Promotor de Justiça na audiência de homologação do ANPP por três motivos: (a) como a audiência destina-se ao controle do ato do Ministério Público (juiz verifica a legalidade e a voluntariedade do acordo pelo investigado), a presença é desnecessária e pode tornar-se inconveniente; (b) em caso de não homologação, o acordo obrigatoriamente será devolvido ao Ministério Público, logo, não há perda de espaço institucional; (c) havendo devolução, o Promotor ou Procurador pode decidir recorrer da não homologação, nos termos do art. 581, inciso XXV, do CPP, ou refazer o acordo com o investigado, o que reclama uma nova reunião para tratativas, providências que não são obrigatoriamente tomadas na própria audiência.

Junqueira e Costa (2021) lembram que a lógica no processo penal brasileiro sempre foi a de um sistema em que a resposta ao crime era conformada exclusivamente pelo

---

<sup>50</sup> Consoante o art. 59, do CP.

<sup>51</sup> Cita-se como exemplo: “CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO QUE VETOU PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AUDIÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INCONFORMIDADE MINISTERIAL. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL. ERROR IN PROCEDENDO. NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO. Liminar ratificada. Correição parcial deferida” (TJRS, 1ª Câmara Criminal, COR 70084972736/RS, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. 18.3.2021, DJe 22.3.2021).

juiz, de modo que a ampliação dos espaços de consenso impõe uma mudança de mentalidade de todos os atores envolvidos<sup>52</sup>. Assim, parece-nos absolutamente imprescindível que o Ministério Público se aproprie do instituto, assumindo um papel de protagonismo na procedimentalização das tratativas do acordo, e mantendo a expectativa de que o juiz também mude sua postura e, assim, em audiência de homologação, adote uma conduta mais contida, restringindo-se, essencialmente, à análise jurídica dos vetores determinados pela lei – legalidade e voluntariedade. Nesse cenário, na adoção da corrente que aqui defendemos, levou-se em conta: (i) que, na esfera da negociação travada para fins de ANPP, não se trata de ação penal, instância em que a presença do representante do Ministério Público necessariamente seria compulsória – como autor da ação ou *custos juris*, e; (ii) a ausência de previsão legal expressa para tal presença, o que se prende com a necessidade de resguardo da independência funcional.

Finalmente, parece-nos extremamente relevante que sobrevenha uma alteração legislativa para prever, expressamente, que a audiência de homologação contará apenas com o juiz, por óbvio, o investigado e seu defensor. Uma mudança de redação do §4º, do art. 28-A, do CPP, seria suficiente para isso. E no entanto, na sua falta, considerando a redação atual desse dispositivo, a expedição de uma recomendação em nível nacional, ou uma alteração na Resolução n.º 183/2018, ambos na alçada do CNMP, podem igualmente superar esse debate.

## **PARTICIPATION OF THE MEMBER OF THE PROSECUTOR’S OFFICE IN THE HEARING OF APPROVAL OF AGREEMENT OF CRIMINAL NON-PROSECUTION**

### **ABSTRACT**

This deals with the legal nature of the Prosecution Office participation in the court hearing for the purpose of homologation of the work of Criminal Non-Persecution - ANPP, approaching the different legal currents thought around the subject. Defend the idea that, respecting the functional independence of each, the participation of the ministerial body in the approval hearing of the ANPP, can be provided for in § 4 of article 28- of the Code of Criminal Procedure as an indispensable act for the agreement to be fulfilled, it is optional. However, it is essential to summon the Public Prosecutor’s Office about the performance of the act.

---

52 Cf. JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. **Breves Considerações sobre o Papel do Juiz – e do Ministério Público – no Acordo de Não Persecução Penal**, Curitiba, 2021, p. 260. Disponível em: [https://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/Pacote\\_Anticrime\\_volume\\_2.pdf](https://www.cnmpp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/Pacote_Anticrime_volume_2.pdf). Acesso em 28 fev.2022.

**Keywords:** Non-Persecution Agreement; Judicial hearing for approval of the ANPP; Participation of the Public Prosecutor's Office.

## REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. *et alli*. **Lei Anticrime Comentada**. Leme: JH Mizuno, 2020, p. 183.
- ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. **Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal**. Caderno Jurídico da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, Janeiro/Março 2021, nº 57, 2021, p. 161-177. Disponível em: [https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj\\_n57\\_08\\_breves%20coment%C3%A1rios%20sobre.pdf?d=637437204620483715](https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_08_breves%20coment%C3%A1rios%20sobre.pdf?d=637437204620483715). Acesso em: 19 fev.2022.
- BARBUGIANI, Fernando Augusto S. Ministério Público do Paraná (MPPR). **Viabilização dos Acordos de Não Persecução Penal (ANPP)** perante a 4ª Promotoria de Justiça de Arapongas. Padronização. Utilização de ferramentas virtuais para superar as restrições do isolamento social. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/ricke/Downloads/PORTARIA\\_INAUGURAL\\_PROCEDIMENTO\\_ADMINISTRATIVO\\_DE\\_CONTROLE\\_ANPP%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/ricke/Downloads/PORTARIA_INAUGURAL_PROCEDIMENTO_ADMINISTRATIVO_DE_CONTROLE_ANPP%20(4).pdf). Acesso em: 28 fev.2022.
- BLUM JÚNIOR, João Conrado; OLIVEIRA, Bruna Mayara de. **Uma Interpretação Possível do Procedimento para Celebração de Acordo de Não Persecução Penal**. 2021, p. 203. Transformação e Reflexão da Realidade sob a ótica do MP. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: [https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao\\_e\\_reflexao\\_da\\_realidade\\_sob\\_a\\_otica\\_do\\_MP.pdf](https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/Image/publicacoes/Transformacao_e_reflexao_da_realidade_sob_a_otica_do_MP.pdf). Acesso em: 28 fev. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluco-181-1.pdf>. Acesso em: 28 fev.2022.
- CARVALHO, Sandro carvalho Lobato de. **Questões práticas sobre o Acordo de Não Persecução Penal**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2021, p. 147. Disponível em: [https://esmp.mpma.mp.br/pluginfile.php/34870/mod\\_resource/content/1/13830\\_e-book-sandro-carvalho-lobato-de-carvalho.pdf](https://esmp.mpma.mp.br/pluginfile.php/34870/mod_resource/content/1/13830_e-book-sandro-carvalho-lobato-de-carvalho.pdf). Acesso em: 27 fev.2022.
- CASTRO, Renato de Lima. **Acordo de não persecução cível na Lei de Improbidade Administrativa**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 77, jul./set. 2020, página 209. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato\\_de\\_Lima\\_Castro.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Renato_de_Lima_Castro.pdf). Acesso em: 26 fev. 2022.
- CEARÁ. Ministério Público do. **Enunciados do CAOCrim sobre ANPP**. Dispo-

nível em: file:///C:/Users/ricke/Downloads/DICAS%20DO%20CAOCRIM%20VOC%C3%8A%20SABIA%20-%20Enunciados%20do%20CAOCRIM%20sobre%20ANPP.indd%20(2).pdf. Acesso em: 28 fev.2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 136/137.

FEDERAL. Justiça. **Centro Local de Inteligência da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul**. Nota Técnica n.º 7590678/2021. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/0000bd/0000bd28.pdf>. Acesso em: 28 fev.2022.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – **Teoría del Garantismo Penal**. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567.

FERREIRA, Lucas. **A Nova Disciplina do Acordo de Não Persecução Penal: Implicações Práticas para o Ministério Público**. Coletânea de Artigos, Ministério Público Federal, Volume 7, 2020, p.322. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr\\_coletanea\\_artigos\\_vol7\\_final.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

GOIÁS. Ministério Público do Estado de. **Manual de Atuação e Orientação Funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)**. 2020, página 20/21. Disponível em: [http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18\\_08\\_30\\_417\\_Manual\\_Acordo\\_de\\_N%C3%A3o\\_Persecu%C3%A7%C3%A3o\\_Penal.pdf](http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf). Acesso em: 27 fev.2022.

JOSITA, Hygina. **Curso Prático de Audiências Criminais**. Editora JusPodivm, 2020, p.83.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. **Breves Considerações sobre o Papel do Juiz – e do Ministério Público – no Acordo de Não Persecução Penal**. Pacote Anticrime: Volume II. Brasília: CNMP, 2021, pp. 257-268. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/Pacote\\_Anticrime\\_volume\\_2.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/Pacote_Anticrime_volume_2.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime. Comentários à Lei 13.964/19 artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 234.

MAC CRORIE, Benedita. **Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Almedina: Coimbra, 2013. p. 134.

MATO GROSSO DO SUL. Ministério Público do. Centro Local de Inteligência da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul. Nota Técnica n.º 7590678/2021. Assunto: **Acordo de Não Persecução Penal**. 2021, p.5. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/pergamumweb/vinculos/0000bd/0000bd28.pdf>. Acesso em: 28 fev.2022.

MENDONÇA, Andrey; CAMARGO, Fernão; RONCADA, Katia. **Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa**. Estudo de comemoração aos 20 Anos da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMU), 2020. Disponível em:

[http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4\\_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf](http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/4_acordo-de-nao-persecucao-penal.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

PARAÍBA. Ministério Público. **Recomendação CGMP PB nº 001/2021**. Disponível em: [file:///C:/Users/ricke/Downloads/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20CGMP%20n.001\\_2021,%20de%2016.07.2021.pdf](file:///C:/Users/ricke/Downloads/Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20CGMP%20n.001_2021,%20de%2016.07.2021.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

PIAUI. Ministério Público. CAOCrim. **Manual de Acordo de Não Persecução Penal**. 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/01/MANUAL-ANPP-2020.pdf>. Acesso em: 28 fev.2022.

RIO GRANDE DO NORTE. Ministério Público do. **Manual de Atuação e Orientação Funcional: Acordo de Não Persecução Penal**. 2020. Disponível em: [http://www.am-pern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual\\_ANPP\\_CAOP%20Criminal.pdf](http://www.am-pern.org.br/app/webroot/uploads/files/Manual_ANPP_CAOP%20Criminal.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. **Notas sobre o acordo de não persecução penal**. In: Conjur. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 fev.2022.

SÃO PAULO. Ministério Público do. **Enunciados PGJ-CGMP/SP**. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal\\_Juri\\_Jecrim/Enunciados\\_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

SÃO PAULO. Ministério Público do. CAOCrim. **Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei n. 13.964/19**. 3ª Ed, 2021, p.18. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/Roteiro-de-ANPP\\_Segunda-Edicao\\_com-ANEXOS.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/Roteiro-de-ANPP_Segunda-Edicao_com-ANEXOS.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e. **Portaria Conjunta n.º 74/2020**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2020/portaria-conjunta-74-de-30-06-2020>. Acesso em: 27 fev.2022.

UNIÃO. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). **Enunciados Interpretativos da Lei n.º 13.964/2019 (Lei Anticrime)**. Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 28 fev.2022.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.

BLOCKCHAIN LEGALIZATION: BASIC  
NOMOTEHNICAL FRAMEWORK  
AND OPEN QUESTIONS

LEGALIZAÇÃO DO BLOCKCHAIN  
("CADEIA DE BLOCOS"):  
ESTRUTURA NOMOTÉCNICA BÁSICA  
E QUESTÕES EM ABERTO



# BLOCKCHAIN LEGALIZATION: BASIC NOMOTEHNICAL FRAMEWORK AND OPEN QUESTIONS<sup>1</sup>

*LEGALIZAÇÃO DO BLOCKCHAIN (“CADEIA DE BLOCOS”):  
ESTRUTURA NOMOTÉCNICA BÁSICA E QUESTÕES EM ABERTO*

*Bruno Moslavac<sup>2</sup>*

## ABSTRACT

It is human nature to conquer and submit to rules, so it is not surprising that blockchain case same intention comes to light, despite decentralization and the avoidance of supreme authority as the guiding idea of technology. In this paper, the author points out the relevant provisions of a single law that should regulate the application of blockchain technology in various spheres of social life in the future. Special emphasis is placed on the requirement to avoid partial solutions through special laws that regulate other issues different from blockchain, key parts of the legal text, stakeholders. In conclusion, author points to the objective need to enact a law on blockchain, elements that the legislator must take into account when passing the law and considers the application of sanctions in case of non-compliance with the law.

**Keywords:** Blockchain; Nomotechnics; Special law; Regulation; Legalization.

## 1 INTRODUCTION

Every regulation, including topic about blockchain regulation, is a tough job. At first regulation was imagined as a modification of existing laws. Now it seems that blockchain regulation is far more than few law adjustments. I strongly plead for full regulation in one but new law (“Blockchain Law”) no matter in form of directive, statute,

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 13/10/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Doctor of Science (PhD), University of Zagreb, Faculty of Law, postgraduate university study of Law, Department of Criminal Law, field: social sciences, law, scientific branches of criminal law, criminal procedural law, criminology and victimology; Thesis: Consequence of criminal offense of obvious driving in road traffic (2020). Author of two peer-reviewed textbooks on labor law, scripts from office business, books on labor and criminal substantive law, co-author of a book on labor law, nomotechnics and commentary on the Labor Act, and author of more than two hundred professional and scientific articles published in relevant journals.

special law etc., from the beginning. Existent regulation dealing e. g. currencies (“real money”) or fighting money laundry or theft doesn’t satisfy. Misunderstanding of new forms, shapes, techniques etc. reproduce various problems to everyone, including law makers. Blockchain Law should prescribe minimum requirements and leave the application of the option to retain more favorable provisions. Rights acquired based on the current blockchain consumption, beyond the legal framework, should continue to apply unless Blockchain Law introduces more favorable provisions. In any case, Blockchain Law mustn’t be used to reduce the existing rights in this area and can’t be a valid basis for reducing the general level of protection of rights and freedoms used so far by using blockchain technology. Blockchain’s decentralization, immutability, and anonymity characteristics attract many users seeking a secure and anonymous transaction platform. Although this also attracts users who have illegal intentions, it does not outweigh the benefits of the technology and appropriate regulation can address the limitations of the technology. Smart contracts will remove friction by seamlessly including agreement and enforcement into one protocol, thereby eliminating the possibility of breach. Legislative responses must consider an application of contract law to this new form of agreement and possibly adjust the rules or create a new regulatory scheme that governs contracts of this type. This type of technology sounds futuristic, but blockchain is simply an efficient and secure bookkeeping tool that could be used in any industry that records transactions. Property transfers could be paired with smart contracts to include multiple regulatory requirements into one automated agreement. This would cause a drop-in title insurance industry and reduce title dispute litigation.<sup>3</sup>

## **2 A NEED FOR LEGALIZATION**

Why does society bring laws? The basic legal rule for something to be unlawful is that you have to legalize it first. Laws generally provide a legal framework to help resolve disputes between individuals. In blockchain, decentralization refers to the transfer of control and decision-making from a centralized entity (individual, organization, judge, arbitrator etc.) to a distributed network. Law creates conceptual and institutional framework that builds trust among individuals. Same trust is in the heart of blockchain technology itself. The area for possible illegal acts, including potential criminal offenses, almost doesn’t exist when applying blockchain technology. Money laundering using cryptocurrencies are exception. Discarding the blockchain technology legalization, with a strong demand that a regulation that regulates or needs to address issues associated with

---

<sup>3</sup> Fulmer, Nathan (2019) “Exploring the Legal Issues of Blockchain Applications”, *Akron Law Review*: Vol. 52: Iss. 1. Article 5. Available at: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol52/iss1/5>

the ubiquitous use of blockchain technology must have the character of a regulation that allows something without sanctions in case of violation of the positive provisions of the regulation itself will not result in termination of blockchain technology development. People have different incentives to decide to legalize something. In one case it is intent to sell something, then to live a legacy or simply they want to live a quiet life “by the book” (law). It should be determined whether there is a public interest for blockchain legalization. Is there a critical mass that simply asks the legislator to take action and provide a regulation that’ll regulate an unregulated and still wide unexplored area. Of course, there are opposite opinion(s), that blockchain must fall outside of the regulatory provisions<sup>4</sup>. Legacy systems exist for a reason. By definition, they work. Both switching costs and uncertainty stand as barriers to the adoption of any new technology. Yet if the value of the new technology is overwhelming, such a change is more likely to occur. One way of reducing uncertainty is by situating the new in the old.<sup>5</sup> Often portrayed as a ‘trustless’ technology, blockchains actually shift the trust from intermediaries to code and coders. The technology is also not immune to governments stepping in to regulate its use, or to big companies turning the technology into centralized commercial services, potentially raising risks for expression and privacy. Some of the most radical and creative applications of blockchain technology, such as those related to eliminating a large set of intermediaries, would require a change of mindset that goes beyond a simple technological shift and requires long-term commitments to equip future generations with the knowledge and skills needed to remain relevant in what will be an increasingly automated future.<sup>6</sup> Modern society mustn’t allow that World Wide Web becomes Wild Wild West. Meaning, in time of Wild Wild West there were magistrates, judges that travelled all across the country, keeping the order. At present stage of society and civilization reach, we can’t let that World Wide Web and all attainments on and regarding it, remain deprived of all rules and become a breeding ground for lawlessness.

## 2.1 Over-regulation

Legal regulation should not be systematic but sufficient. The arguments for this thesis are as follows: (i) regulator must carry out its function to the extent that the subject matter of the regulation is so framed to keep space for the interpretation of regulations

---

4 Nikolei M. Kaplanov, *Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against its Regulation*, 25 *Loy. Consumer L. Rev.* 111 (2012). Available at: <https://lawcommons.luc.edu/lclr/vol25/iss1/5>

5 Raskin, Max, *The Law and Legality of Smart Contracts* (September 22, 2016). 1 *Georgetown Law Technology Review* 304 (2017). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2842258>

6 Walid Al-Saqaf & Nicolas Seidler (2017) *Blockchain technology for social impact: opportunities and challenges ahead*, *Journal of Cyber Policy*, 2:3, 338-354, DOI: 10.1080/23738871.2017.1400084

by the relevant public bodies; (ii) providers of lower level must have the framework set up by a regulation with a stronger legal effect and not abuse the function of the regulator; (iii) all remaining subjects actively involved in the normative activity must be suspended from excessive activity when performing the function of the actor due to the obligation to comply with all the regulations of higher legal rank and the fact that their normative activity is not their basic function. Normative activity must have features of functionality, purpose and categorization. Exiting beyond these determinants will generate excessive legislative activity, a pile of useless regulations, inaccuracy, flippancy combined with inability to access task and inefficiency. If we regulate every single area of life in which blockchain appears with a special law act, surely there'll be overregulation. This is the problem with most of law branches today and should be avoided in blockchain case. That's the trap we shouldn't strike for. There isn't perfection and we shouldn't strive for perfect law. Always should be some space for mistakes.

### 3 STAKEHOLDERS

Bearer of Blockchain Law must be a legislator of a certain kind. United for European Union e. g., and individual for countries outside federal jurisdiction. Stakeholders to provide Blockchain Law are governments, since data protection impact personal freedoms & rights; national regulatory agencies for personal data protection; civil society organizations because of free movement of people and goods; specialized task forces for monitoring and analysis of the effects of the new legal regulation; initiatives of different kind. Corporate governance could change in many ways under a blockchain regime. Institutional investors, raiders, and activists could benefit from being able to purchase shares at lower cost and to sell them into a market with greater liquidity, but they would have a much more difficult time disguising their trades. Managers who obtain incentives from stock-based compensation would likely lose profit opportunities from legal insider trading, due to the greater visibility of their transactions. Blockchains would also deny managers opportunities to backdate compensation awards or covertly pledge shares for derivative transactions. Shareholder voting would become much more reliable and less costly. Companies might also use blockchains for real-time accounting, reducing the role of auditing firms, and for the execution of smart contracts, which would reduce the expected costs of financial distress and reduce the need for litigation. Together these changes could profoundly alter the relative power of managers, shareholders, lenders, regulators, and third party experts who interact in the corporate governance arena.<sup>7</sup> The

---

<sup>7</sup> David Yermack, Corporate Governance and Blockchains, *Review of Finance*, 2017, 7–31 doi: 10.1093/rof/rfw074

major challenge for global civil society will soon be to explore new political and social dimensions, with the aim of integrating the applications of disruptive technologies such as the blockchain with citizens' rights, equality, social cohesion, inclusiveness, and protection of public sector. Such integration is vital and cannot be left to the (anti-) political engineering of IT experts, financial investors, and code developers: it requires indeed a mature and interdisciplinary effort by all the fields of human knowledge, with particular regard to political theory, humanities and social sciences, to best assess risks, benefits and outcomes of the new technologies. In the very next future, this integration might be the only safeguard left against many possible technological dystopias.<sup>8</sup> Blockchain technology is adaptable and policymakers must view it as such. Regulation designed to mitigate the risks of such a powerful technology should be encouraged. However, policymakers should exercise caution and precision in tailoring the scope of regulation. Regulation aimed at the blockchain's money-transfer and payment functionalities must not create an unintentional chilling effect on this second category of functionalities.<sup>9</sup> Blockchain developers cannot ignore the law, but neither can governments disregard the growing significance of the blockchain. One way to bridge the gap is for law to adapt. Some of that will happen naturally as regulators, legislators, and judges confront the challenges and opportunities this foundational new technology presents. More explicit steps can accelerate the process. At a time when trust in centralized power structures is waning, the blockchain's "trustless trust" offers a compelling alternative. Further growth will depend partly on technical advances, partly on adoption patterns, partly on the business innovations built on top of distributed ledger platforms, and partly on resolution of the governance challenges to the blockchain's trust architecture. It is tempting to see law and regulation primarily as impediments to these processes, but that would be a mistake. Too much law could stifle the blockchain or drive it underground, yet so could too little law. Regulators, legislators, and courts can take the initiative to create both clarity and explicit spaces for experimentation. Blockchain developers must also take responsibility to find common ground.<sup>10</sup>

#### **4 GENERAL "IMPACT" OF BLOCKCHAIN LAW**

Blockchain Law must define technology general use. There must be a general regu-

---

8 Atzori, Marcella, Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary? (December 1, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2709713> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2709713>

9 Trevor I. Kiviat, Beyond Bitcoin: Issues in Regulating Blockchain Transactions, 65 Duke L.J. 569 (2015). Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol65/iss3/4>

10 Kevin Werbach, Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law, 33 Berkeley Tech. L.J. 487 (2018).

lation, in a form of a law, on what basis special regulations will be elaborated for further use of blockchain technology in segregate parts of everyday life (finance, banking, law, traffic etc.). Conservative approach is to consider Blockchain Law as a part of existent area(s) of law. It does affect a separate field of law but has impact to law science in general. Of course, it takes time that some “part” of legal science becomes a special, separate law field (e.g. labor law, criminal law etc.). In European Union, European Parliament resolution on distributed ledger technologies and blockchains: building trust with disintermediation (2017/2772 (RSP)) also is a partial solution, regarding on a first place to DLT. Partial solutions from legislators actually are an experiment. It’s well known that every rehearsal can easily go to wrong direction. This should be enough to warn regulators to leave experimentation. The legislator must reconcile seemingly irreconcilable: the principle of decentralization and the absence of “central figure” in blockchain technology with the effects of technology on human rights and the global economy. If we want to preserve the opportunities provided by emerging blockchain technologies - in terms of individual freedoms and emancipation, democratic institutions, and creative expression - while avoiding or reducing to the minimum the possible drawbacks that they might introduce in society, the time has come to start thinking about a new paradigm of law that could balance the power of blockchain technology and emerging autonomous systems in ways that promote economic growth, free speech, democratic institutions, and the protection of individual liberties<sup>11</sup>. Today’s all legal solutions regarding blockchain are partial (e. g. anti-money laundering/counterfinancing terrorism, crypto-assets, Initial Coin Offerings, tokens) and authors advocates for partial solutions. That’s wrong approach.

## **5 CLAIM FOR STATE (“LAW”) INTERVENTION**

It’s possible that investors in technology and others who perform various tasks related to profit, money transactions, etc., will seek protection from the state. Hacking and other forms of cybercrimes on a daily basis generate enormous damage. Individual attacks on “wallets” in which ordinary citizens hold their cryptocurrencies also aren’t uncommon. The state’s response can only be legal regulation. In case of a successful attack to the blockchain network, the injured party has no one to call for help or compensation. This is due to the blockchain technology decentralization, that is, the fact there is no regulatory element. Here the debate raises the issue of forks. Forks may raise complicated tax and legal questions, lead to substantial development costs and force

---

<sup>11</sup> Wright, Aaron and De Filippi, Primavera, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia (March 10, 2015).

economic agents to make decisions under uncertainty. Consequently, each organization should define economic and financial threshold values, as well as other minimum requirements that must be fulfilled for a fork to be considered relevant. Custodians should add these standards to their terms and conditions and inform their clients that assets will only be made available, if they meet the minimum requirements.<sup>12</sup>

## 6 PARTIAL SOLUTIONS (REGULATION)

The first thing that comes to mind when talking about the need to regulate blockchain are cryptocurrencies. One research shows that regulators should not act, or hesitate to act, based on misunderstandings of the operation of the market. At the very least, to the extent that concerns about capital flight and price declines are at the forefront of regulators' minds as they determine how to address the significant challenges that cryptocurrencies raise, they should substantially adjust their priors.<sup>13</sup> Recent efforts around the globe to provide legal certainty to cryptocurrency based operations, and protection to various types of users and stakeholders have been a step in the right direction.<sup>14</sup> European Union brings Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937.<sup>15</sup> Assuming the technology is widely adopted, smart contracts will need to meet many of the same legal standards as traditional paper agreements. Smart contracts will benefit from the legal precedent established in the electronic marketplace including the acceptance of electronic signatures and promissory notes. At least initially, legislatures and regulators are not likely to enact entirely new statutory and regulatory schemes to accommodate smart contracts. Far more likely, public entities, including courts, will fashion new legal rules from existing constructs and adapt them to the new technology. This may present some growing pains along the way and could slow the adoption of blockchain technology and smart contracts, particularly in highly regulated financial institutions. Alternatively, it may make sense for state and federal governments—and eventually international counterparts—to adopt new or revised rules specifically applicable to blockchain technology and smart contracts. These rules would deal specifically with the

---

12 Schär, Fabian. (2020). Blockchain Forks: A Formal Classification Framework and Persistency Analysis. 10.13140/RG.2.2.27038.89928/1.

13 Feinstein, Brian D. and Werbach, Kevin, The Impact of Cryptocurrency Regulation on Trading Markets (2021). Journal of Financial Regulation, forthcoming.

Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3649475> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3649475>

14 Ellul, J., Galea, J., Ganado, M. *et al.* Regulating Blockchain, DLT and Smart Contracts: a technology regulator's perspective. ERA Forum 21, 209–220 (2020). <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00617-7>

15 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (6. 6. 2021.)

mechanics of contract formation, enforceability, jurisdictional issues, and legal ethics related to smart contracts. However, adoption of new rules presents a proverbial chicken and the egg issue. It is unlikely that these rules can be developed adequately until the technology is more fully completed. However, the developers of the technology need some degree of certainty around the legal structure when developing the technology.<sup>16</sup>

## 7 REGULATION FLEXIBILITY

The regulator must be flexible and ready for dialogue, concession and compromise. Close collaboration with IT professionals is necessary. Human nature is to respond with resistance to any change. Regulator's task is to overcome that resistance and to allow everyone's voice to be heard. Duty refers to society in general and to every individual within the same society. A rational approach to the regulation problem encompasses the needs of blockchain innovators, investors, developers, lawyers, public authorities, legislators. Access to consumers must be the same as for blockchain creators. Law regulation must not be foe. Flexibility of Blockchain Law would make possible change of collective consciousness of the blockchain idea extermination with the regulation. At that point, legislators should take into account partial regulation for a start as the initial option of legal arrangement. The regulation must be fertile ground for future innovations and shouldn't, in any case, be restricted in order to achieve a general benefit of blockchain use. Evolution (law regulation) doesn't have to be revolution. Blockchain technology shouldn't be affected by regulation in a sense to be changed, in any part or any way. Processes, treatment, allocation of risks, protection of investments, use of technology for criminal purposes and other open questions need to be in the center of legislator interests.

### 7.1 Effective standardization

The eternal aspiration of all lawyers and legislators is to create effective regulation. There isn't unified solution to that problem. On the contrary, there aren't even partial solutions. No matter how good the law may be, there is no guarantee for effective practical application. We are spinning in a circle again and again and we must mention the (unfounded?) tendency to subject everything to laws and rules. *Unus pro omnibus, omnes pro uno* principle hereby should mean than one law regarding blockchain as a technology becomes the basis for general use of technology for the benefit of all. Guid-

---

<sup>16</sup> Reggie O'Shields, Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain, 21 N.C. Banking Inst. 177 (2017). Available at: <http://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol21/iss1/11>

ing thought of one or first legislator for all others and all users.

## **8 HOLISTIC APPROACH TO REGULATION**

Comprehensive and direct regulatory approach is needed. Liechtenstein Blockchain Act is addressed to ‘transaction systems based on trustworthy technology’ (TT systems). They are setting higher standards in the crypto-industry by not only regulating it, but also enabling a holistic legal framework. The goal is to ensure user and service provider protection and building trust in digital legal regulations.<sup>17</sup> Successful innovation policy should be primary goal. Blockchain is a chain of blocks which contain information and the technology itself is used variously. Data stored inside the block depends on the type of blockchain. Regulator must consider technology in general, not just part(s) e. g. Bitcoin, smart contracts etc. Legislation always tends to lag behind innovation, and this will likely continue to be the case with smart contracts. However, if legislating bodies proactively engage in learning about this emerging technology, they can be as prepared as possible to embrace the societal benefits and reduce cybersecurity risks. Smart contracts hold the opportunity to create entirely new ways of transacting across the globe. Parties entering into these agreements will be able to quite literally observe how a transaction will play out based on the conditions written into the smart contract prior to entering into the agreement. Similar to debugging a program, contracting parties may be able to walk through a contract step-by-step to observe what will happen upon program execution. This increased transparency will allow contracting parties to specify their own terms for many aspects of their agreements in ways that may be easier than with traditional contracts. From time to time an industry will experience a technological development so new and revolutionary that it can be considered a paradigm shift, and requires a neoteric approach.<sup>18</sup>

## **9 BASIC TERMS DEFINING**

One of the most important parts of every single regulation is defining basic terms. Legislators do this for avoiding misunderstanding or different interpretation of a particular term. Already defining is by itself difficult. In many cases, conceptual defining of some of the terms in the legal text doesn’t help. Legal implications for blockchain are wide and various but regulators shouldn’t worry about missing some definition: legal

---

<sup>17</sup> <https://bca.com.mt/wp-content/uploads/2019/08/Comparison-of-crypto-regulation-EU-EEA-BCA.pdf>

<sup>18</sup> Raffi Teperdjian (2020) Proposing cybersecurity regulations for smart contracts, *Journal of Cyber Policy*, 5:3, 350-371, DOI: 10.1080/23738871.2020.1839924

framework including definitions of basic topic terms shall provide (or left) some place for praxis. Additionally, the blockchain is a living organism, evolving day by day. Each day is a new opportunity for evolution, of expression, terms, interpretation etc. So, “glossary” in law text must not be *numerus clausus* and unchangeable.

## 10 PENALTIES

The regulations that allow something relate to the free movement of subjects and therefore the violation of their requirements is not related to unlawfulness. Permit means giving you the freedom or the ability to do something. As a rule, any permitted action is not expressed through regulations. Otherwise, that would mean that all that is not allowed is forbidden. Legislators often resort to punishment to “boost” the norm. Penalties must be deterrent. One has to ask the question whether it is really necessary that every rule also contains a sanction for acting contrary to its content. “To understand what punishment is, we must know what they are activities of the state. We understand that punishment is coercion or forced interference state authorities in the rights of the individual, by which the state responds to criminal acts on behalf of society and its fundamental values. Why is that thus, we get a simple answer, which teaches us, that the individual lives in a social community, in a country that offers him a social, material one and personal safety, and therefore waives the right to a personal confrontation with the perpetrator criminal offense or conduct and leaves that function to the state coercive authorities. Punishment of any kind must not be an end in itself. Equally, sanctions always stem from legal regulation, in sequence which are inextricably linked to standardization. Sanctions must not represent a means of filling the state treasury, regardless of their the type, character or strength with which they affect the addressee of the norm. We must not equate criminal sanctions with (everything) sanctions, just as there is no concept of “unique criminal offense”. in the case of civil offenses, non-compliance with legal rules resulting in damage that may be monetary or intangible in nature. The main purpose of sanctioning is to return the injured party to a situation in which was before the loss. If the resulting situation allows for recovery, return to the condition that existed before the damage occurred, but if it did not possibly, only monetary compensation is taken into account. In case of material damage, it is possible to determine and execute. The problem arises with non-pecuniary damage. Because the legislator also recognizes non-pecuniary damage as a basis for damages, the injured party is entitled to it. The task of case law is to formulate criteria to assess this type of fee.”<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Ćupurdija, M.; Moslavac, B.; Jankovič, P., Murtič, S., Nomotehcnics Basics: Procedure and Framework of creating Legal Regulations, Libertin naklada, Rijeka, 2021, pp. 196, 204-205.

## 11 CONCLUSION

Blockchain legalization isn't an ambiguous thing. It's just another evolution step. For ordinary, everyday users of a blockchain technology and its opportunities the most important issue is the safety of their investment. Or is it anonymity that blockchain provides? Without any law regulation, we wide open the door to criminals. The importance of law regulation must be recognized. Digital economy is present, not future and we must comply. Real question is not is Blockchain Law necessary, yet are our communities capable of providing that, accepting and valuing their traditional values, without compromising blockchain essence. Legislators *status quo* is worst solution for all, because it stifles and actually hampers further blockchain development. New legal framework guarantees the security both the user and the investor, while at the same time protecting government from new technology abuses. Each country has to decide separately on the way it'll enforce the legal regulation of a blockchain. *Creatio ex nihilo* isn't core of the legislators though it should be.

## LEGALIZAÇÃO DO BLOCKCHAIN (“CADEIA DE BLOCOS”): ESTRUTURA NOMOTÉCNICA BÁSICA E QUESTÕES EM ABERTO

### RESUMO

É da natureza humana conquistar e submeter-se a regras, então não é surpreendente que, nos casos de blockchain, a mesma lógica seja trazida à luz, apesar da descentralização e da recusa a uma autoridade suprema como uma ideia norteadora da tecnologia. Neste artigo, o autor ressalta as disposições relevantes de uma única lei que deveria regulamentar a aplicação da tecnologia blockchain em diversas esferas da vida social no futuro. Uma ênfase especial é colocada na exigência de evitar-se soluções parciais através de leis especiais que regulem outros problemas diferentes do blockchain, partes-chave do texto legal, partes interessadas. Por fim, o autor salienta a necessidade objetiva de estabelecer uma lei sobre o blockchain, os elementos que o legislador deve levar em consideração ao aprovar essa lei e pondera a aplicação de sanções nos casos de descumprimento legal.

**Palavras-chave:** Blockchain (“cadeia de blocos”); Nomotécnico; Lei Especial; Regulamentação; Legalização.

## REFERENCES

- FULMER, Nathan (2019). Exploring the Legal Issues of Blockchain Applications. *Akron Law Review*: Vol. 52: Iss. 1. Article 5. Available at: <https://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol52/iss1/5>
- NIKOLEI, M. Kaplanov. Nerdy Money: Bitcoin, the Private Digital Currency, and the Case Against its Regulation, 25 *Loy. Consumer L. Rev.* 111 (2012). Available at: <https://lawcommons.luc.edu/lclr/vol25/iss1/5>
- RASKIN, Max. The Law and Legality of Smart Contracts (September 22, 2016). 1 *Georgetown Law Technology Review* 304 (2017). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2842258>
- AL-SAQAF, Walid; SEIDLER, Nicolas. Blockchain technology for social impact: opportunities and challenges ahead, *Journal of Cyber Policy*, 2:3, 338-354, (2017), DOI: 10.1080/23738871.2017.1400084
- YERMACK, David. Corporate Governance and Blockchains, *Review of Finance*, 2017, 7–31 doi: 10.1093/rof/rfw074
- ATZORI, Marcella. Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary? (December 1, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2709713> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2709713>
- TREVOR, I. Kiviat. Beyond Bitcoin: Issues in Regulating Blockchain Transactions, 65 *Duke L.J.* 569 (2015). Available at: <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol65/iss3/4>
- WERBACH, Kevin. **Trust, but Verify**: Why the Blockchain Needs the Law, 33 *Berkeley Tech. L.J.* 487 (2018).
- WRIGHT, Aaron; DE FILIPPI. **Primavera, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia**. (March 10, 2015).
- SCHÄR, Fabian. **Blockchain Forks: A Formal Classification Framework and Persistence Analysis**. (2020). 10.13140/RG.2.2.27038.89928/1.
- FEINSTEIN, Brian D.; KEVIN, Werbach. The Impact of Cryptocurrency Regulation on Trading Markets (2021). **Journal of Financial Regulation, forthcoming**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3649475> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3649475>
- ELLUL, J.; Galea, J.; GANADO, M. *et al.* Regulating Blockchain, DLT and Smart Contracts: a technology regulator’s perspective. *ERA Forum* 21, 209–220 (2020). <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00617-7>  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593> (6. 6. 2021.)
- Reggie O’Shields, Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain, 21 *N.C. Banking Inst.* 177 (2017). Available at: <http://scholarship.law.unc.edu/nabi/vol21/iss1/11>  
<https://bca.com.mt/wp-content/uploads/2019/08/Comparison-of-crypto-regulation-EU-EEA-BCA.pdf>

INVESTIGATING AND PROSECUTING  
TRAFFICKING IN PERSONS CASES IN  
THE BAHAMAS AND UGANDA:  
A COMPARATIVE ANALYSIS

*INVESTIGANDO E PROCESSANDO CASOS  
DE TRÁFICO DE PESSOAS NAS BAHAMAS E  
EM UGANDA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA*



# INVESTIGATING AND PROSECUTING TRAFFICKING IN PERSONS CASES IN THE BAHAMAS AND UGANDA: A COMPARATIVE ANALYSIS<sup>1</sup>

*INVESTIGANDO E PROCESSANDO CASOS DE TRÁFICO DE PESSOAS NAS BAHAMAS E EM UGANDA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA*

*David Baxter M. Bakibinga<sup>2</sup>*

## ABSTRACT

The movement of human beings from one location to another through migration and or immigration is a fact of life. The voluntary and lawful movement of persons or involuntarily movement due to compelling circumstances is not a problem per se. It is problematic where the movement both within and without state borders is illegal and criminal. This has given rise to the phenomenon of trafficking in persons or human trafficking which has been alluded to as modern day slavery. It should be noted that trafficking in persons is a crime of exploitation and coercion, not movement. The international community through the United Nations, Regional bodies in general and states in particular have been enjoined to take measures to combat this vice. The Bahamas has been distinguished more as a conduit country for trafficked persons. On the other hand, Uganda a country with the youngest population of youth in the world is notorious for trafficking in persons especially those destined to the Middle East. This article analyses the efforts and measures taken by The Bahamas and Uganda to investigate and prosecute the perpetrators in trafficking in persons, with a view of preventing and mitigating this evolving trans-border crime.

**Keywords:** Investigating; Prosecuting; Trafficking in persons; The Bahamas and Uganda.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 13/10/2021. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Office of the Director of Public Prosecutions, Office of the Attorney General and Ministry of Legal Affairs, The Bahamas 3rd Floor Charlotte House, Shirley/Charlotte Sts, P.O. Box N9177 Nassau, The Bahamas. Tel : +1 242 556 7270. E-mail: davidbakibinga@bahamas.gov.bs or dbakibinga@hotmail.com

## 1 INTRODUCTION

The 2020 Global Report on Trafficking in Persons issued by the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) which is compiled using official figures from over 148 countries shows that in 2018 about 50,000 human trafficking victims were detected and reported. It was observed that female victims continue to be the primary targets. The Report shows that in 2018, 46 percent of detected victims were women and 19 percent girls. For male victims the Report shows that 20 per cent of detected victims were men and 15 per cent were boys. The report also indicates that over 90 per cent of the United Nations Member States have established a specific offence for the criminalization of trafficking, and the definition of trafficking in persons is almost universally based on the UN Protocol.<sup>3</sup>

According to the Trafficking in Persons Report from 2020, estimates determined that traffickers are currently exploiting 7,000 to 12,000 children through sex trafficking in Uganda and the country retained its tier 2 status.<sup>4</sup> The report also outlines how human trafficking in Uganda primarily takes the form of forced physical labor and sexual exploitation. Poverty is the main cause of exploitation. It is further posited that other push-pull dynamics including rural-urban migration, armed conflict and global economic policies are placing many people in developing countries, including Uganda, at the risk of exploitation.<sup>5</sup> Uganda is yet to attain the minimum standards for the elimination of trafficking but is making significant efforts to do so.<sup>6</sup> The measures undertaken include identifying more victims and commissioning the National Referral Guidelines for Management of Victims of Trafficking in Uganda (NRG).<sup>7</sup> Further measures were increased prosecutions of suspected traffickers and increased training to law enforcement personnel, investigated allegations of complicity in trafficking crimes, and the creation of human trafficking officer positions within the Ugandan Police Force (UPF) and the Criminal Investigative Department (CID).<sup>8</sup> The government augmented awareness-raising campaigns and launched, funded, and implemented the National Action Plan for Prevention of Trafficking in Persons Uganda 2019-2024 (NAP). In 2019, the govern-

---

3 UNODC, 'Global Report on Trafficking in Persons 2020' at p.23. United Nations publication, Sales No. E.20.IV.3. Available at [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP\\_2020\\_15jan\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf). Accessed: 27/08/2021.

4 US Department of State, 2021 Trafficking in Persons Report: Uganda available at <https://www.state.gov/reports/2021-trafficking-in-persons-report/uganda/>. Accessed: 26/08/2021.

5 Jones, Loring, David W. Engstrom, Tricia Hilliard, and Mariel Diaz. "Globalization and human trafficking." *J. Soc. & Soc. Welfare* 34 (2007): 107. At p113.

6 Walton, S. Ernie. "The Trafficking in Persons Report: Recommendations for Uganda." *Available at SSRN 3392045* (2019). At p3-4.

7 Offia, Favour. "Human Trafficking in Uganda: Law, Policy and Practice." *Policy and Practice (December 2, 2019). Irish Centre for Human Rights Working Paper Series* (2019).

8 *Ibid* n2 .

ment prosecuted 73 cases involving 87 suspects in court. In 2020, courts convicted 11 traffickers under the anti-trafficking act in nine cases – six for sex trafficking and five for forced labor.<sup>9</sup>

The Bahamas is reported as a major transit country for migrants attempting to enter the US, and it is a transit and destination place for trafficked persons from the Caribbean and Central and South America.<sup>10</sup> The magnitude of trafficking in the Bahamas is difficult to quantify, given low identification and prosecution by authorities. The government of The Bahamas established the National Trafficking Committee to coordinate its efforts. The Bahamas has retained its tier 1 status according to the US Department of State.<sup>11</sup> The government in 2018 approved a new national action plan from 2019 to 2023 and increased overall funding for anti-trafficking activities.<sup>12</sup> The Bahamas developed a four-pronged approach to deal with human trafficking. This is inclusive of a contemporary legislation; training and awareness campaigns; victim protection and recovery services and the successful prosecution and conviction of human traffickers.<sup>13</sup> The government of The Bahamas investigated 16 potential traffickers, 11 for sex trafficking investigations and five for labor trafficking, compared to two new investigations in 2018 and 11 to 15 investigations annually in the preceding six years.<sup>14</sup> Authorities reported initiating two prosecutions for sex trafficking during the reporting period, compared to one initiated in 2018. The government did not convict any traffickers during the reporting period, compared to one convicted trafficker in 2018 and one in 2017.<sup>15</sup> It has been reported that human traffickers exploit domestic and foreign victims in The Bahamas, and traffickers exploit victims from The Bahamas in country and abroad.<sup>16</sup> Traffickers recruit migrant workers, especially those from Haiti, Jamaica, the Dominican Republic, China, Costa Rica, Cuba, Colombia, Venezuela, the Philippines, and the United States through false offers of employment, both through advertisements in foreign newspapers and social media; upon arrival, traffickers subject them to sex trafficking and forced labor, including in domestic service and in sectors with low-skilled labor.<sup>17</sup>

This article is comprised of five sections. Part I focuses on international efforts un-

---

9 *Ibid*

10 Seelke, Clare Ribando. *Trafficking in persons in Latin America and the Caribbean*. Congressional Research Service, 2013. At p3.

11 US Department of State, 2021 Trafficking in Persons Report: The Bahamas, Available at <https://www.state.gov/reports/2021-trafficking-in-persons-report/bahamas/>. Accessed: 25/08/2021.

12 *Ibid*

13 The Tribune, “People Traffickers Using Bahamas As Transit Route” 4<sup>th</sup> December, 2020. Available at <http://www.tribune242.com/news/2020/dec/04/people-traffickers-using-bahamas-transit-route/> Accessed: 20/08/2021

14 *Ibid* n9

15 *Ibid*

16 The Tribune, “People Traffickers Using Bahamas As Transit Route” 4<sup>th</sup> December, 2020. Available at <http://www.tribune242.com/news/2020/dec/04/people-traffickers-using-bahamas-transit-route/> at p47-8

17 Ribando Seelke, Clare. “Trafficking in persons in Latin America and the Caribbean.” (2010). At p4-5

dertaken by the global community under the auspices of the United Nations in combating trafficking in persons. Part II deals with regional approaches in the Caribbean Region and the East African Community, respectively, where are located the two countries that are the main focus of this study. Part III focuses on the national measures undertaken by The Bahamas in dealing with trafficking in persons. Part IV examines the national efforts embarked upon by the government of Uganda. Part V analyses the investigation and prosecution procedures for TIP offences in The Bahamas and Uganda. It also addresses the issues and challenges encountered by law enforcement agencies in dealing with TIP cases.

## 2 INTERNATIONAL APPROACHES TO TRAFFICKING IN PERSONS

### 2.1 United Nations Convention against Transnational Organized Crime (UNTOC)

The Convention exemplifies the global commitment in the fight against transnational organized crime and signifies the recognition by Member States of the significance of the problems posed by it, as well as the need to foster and enhance close international cooperation in order to tackle those problems.<sup>18</sup> The United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) acts as custodian of the UNTOC and its protocols.<sup>19</sup> The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children or the Palermo Protocol<sup>20</sup> (hereinafter referred to as the Trafficking Protocol) is the first global legally binding instrument with an agreed definition on trafficking in persons.

Article 3 of the Trafficking Protocol defines “Trafficking in persons” to mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation.’ It has been argued that the definition should include trafficking of persons for ransom.<sup>21</sup> Exploitation is expounded to include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.<sup>22</sup>

---

18 Clark, Roger S. “The United Nations Convention against transnational organized crime.” *Wayne L. Rev.* 50 (2004): 161.

19 Lindley, Jade. “Policing and prosecution of human trafficking.” In *Research Handbook on Transnational Crime*. Edward Elgar Publishing, 2019.

20 General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000.

21 Brhane, Mogos O. “Trafficking in Persons for Ransom and the Need to Expand the Interpretation of Article 3 of the UN Trafficking Protocol.” *Anti-Trafficking Review* 4 (2015). At p9-10.

22 Corliss, Cody. “Human Trafficking as” Modern Slavery”: The Trouble with Trafficking as Enslavement in International

Article 3 of the Trafficking Protocol clarifies that trafficking in persons has three constituent elements: (1) An act (what is done); (2) The means (how it is done); and (3) Exploitative purpose (why it is done). The prosecution must prove all of them in order to secure a conviction. The Bahamas and Uganda have enacted legislations that create offences that require proof of the elements under Article 3 of the Protocol. This discussion is under parts III and IV of this article.

### 3 REGIONAL APPROACHES

#### 3.1 CARICOM Implementing Agency for Crime and Security (IMPACS)

The Caribbean Community (CARICOM) Implementation Agency for Crime and Security (IMPACS) was established on July 6th, 2006 via an Inter-Government Agreement from the 2006 CARICOM Heads of Government Conference.<sup>23</sup> IMPACS has since become the Region's premiere multilateral crime and security agency, designed to administer a collective response to the crime and security priorities of CARICOM. CARICOM IMPACS continues to provide Member States with the necessary tools and capabilities to combat transnational organized crime and address the security concerns of the region.<sup>24</sup>

The Joint Regional Communication Centre (JRCC) is a sub agency of CARICOM IMPACS. It is mainly responsible for the operations and management of the Advance Passenger Information System (APIS)<sup>25</sup>, which screens approximately forty (40) Million passengers annually, specifically those entering, and travelling within the CARICOM Region by air and sea ports.<sup>26</sup>

The Regional Intelligence Fusion Centre (RIFC) is a sub agency in Trinidad and provides support to Member States in intelligence gathering, sharing and analysis.<sup>27</sup> Its current mandate is as follows:

1. To provide 24/7 support to the Joint Regional Communication Centre (JRCC) in Border Protection and Continuity of Operations

---

Law." *SCL Rev.* 71 (2019): 603.

23 Martinez, Jacqueline Laguardia, Georgina Chami, Annita Montoute, and Debbie A. Mohammed. "Regional Integration in the Caribbean." In *Changing Cuba-US Relations*, pp. 19-35. Palgrave Macmillan, Cham, 2020.

24 Kirchner, Emil J., and Roberto Dominguez. "The Caribbean Community's fourth pillar: The evolution of regional security governance." In *The Security Governance of Regional Organizations*, pp. 168-194. Routledge, 2013.

25 Pryce, Murphy G. *Security: The Fourth Pillar of the Caribbean Community. Does the Region Need a Security Organ.* US Army Command and General Staff College Fort Leavenworth United States, 2016.

26 Secretariat, C. A. R. I. C. O. M., and Guyana Turkeyen. "Strategic Plan for the Caribbean Community 2015-2019: Repositioning Caricom." *CARICOM: Turkeyen-Guyana* (2014).

27 Hill, Sheridan M., and Patrice K. Morris. "Drug Trafficking and Gang Violence in the Caribbean." In *Crime, violence and security in the Caribbean*, pp. 52-75. Routledge, 2017.

2. To Collect information that reveals the Plans, Intentions and Capabilities of Threat Entities and Provide the basis for decision
3. To produce timely analyses that provide Insight, Warning and Opportunity to the Decision Makers charged with Protecting and Advancing the Region's Interests
4. To provide Standardised Training and Major Event Support to Member States
5. To Establish Regional and International Liaisons in Support of the Intelligence Mandate

The CARICOM states continue to have joint law enforcement trainings and cooperation in TIP matters.

### **3.2 The East African Community (EAC)**

The vice of human trafficking within the EAC region was engaged collectively following the enactment of the EAC Anti-Trafficking in Persons Bill, 2016.<sup>28</sup> The object of the Bill was to provide for a legal framework for the prevention of trafficking in persons, prosecution of perpetrators of trafficking in persons, provision of protection mechanisms and services for victims of trafficking in persons and development of partnerships for co-operation to counter trafficking in persons in the Community.<sup>29</sup> The Report of the Committee on Legal Rules and Privileges on the EAC Anti-Trafficking in Persons Bill, 2016 among other things, ascertained that the crime of trafficking in persons was prevalent in all EAC Partner States.<sup>30</sup> The member states have since enacted domestic legislations to that end.

## **4 THE BAHAMAS**

### **4.1 The Trafficking in Persons (Prevention and Suppression) Act (TIPA)**

The Trafficking in Persons (Prevention and Suppression) Act 2008 criminalized sex trafficking and labor trafficking and prescribed penalties ranging from three years' to life imprisonment.<sup>31</sup> Section 2 adopts the definition of 'trafficking in persons' and the elements of crime under Article 3 of the Protocol. It has been argued that the

---

28 The East African Legislative Assembly, 'The EAC Counter-trafficking in Persons Bill, 2016 by Hon. Dora C. Kana-bahita Byamukama' Available at

<https://www.eala.org/index.php?/documents/view/the-eac-counter-trafficking-in-persons-bill2016> Accessed: 20/08/2021.  
29 *Ibid*

30 The East African Legislative Assembly, 'Assembly Enacts Anti-Trafficking in Persons Bill', <https://www.eala.org/index.php/media/view/assembly-enacts-anti-trafficking-in-persons-bill> Accessed: 24/08/2021.

31 Section 3 of the Trafficking in Persons (Prevention and Suppression) Act, 2008

definition under Article 3 of the Protocol is not exhaustive.<sup>32</sup> The penalties under the TIP Act have been considered sufficiently stringent, and with regard to sex trafficking, commensurate with penalties prescribed for other serious crimes, such as rape.<sup>33</sup> In January 2016, there was a setback when The Bahamas Court of Appeal ruled that trafficking cases cannot be tried in the Supreme Court absent an amendment to Bahamian criminal procedure, quashing the Supreme Court's 2014 sentence of one convicted perpetrator of trafficking crimes to 15 years' imprisonment for trafficking in persons and seven years' imprisonment for withholding the victim's documents.<sup>34</sup> The government appealed the Court of Appeal ruling to the Privy Council in London and lost the appeal; meanwhile, it continued to prosecute cases in the Magistrates' Courts. The case of Hall is discussed further below.

## **4.2 The focal persons**

The TIP Committee established under the government of The Bahamas funded and trained member agencies and ministries in their roles in identifying and protecting victims and making referrals as focal persons.

## **4.3 The Royal Bahamas Police Force (RBPF) TIP Unit**

The RBPF established a TIP Unit to investigate and counter TIP activities. The unit coordinates with other agencies in combating the vice.

## **4.4 The Office of the Director of Public Prosecutions (ODPP) TIP Unit**

The ODPP has a specialized TIP Unit which liaises with the RBPF TIP Unit during investigations and handles prosecutions both in magistrates' courts and the Supreme Court. The unit works closely with the US Department of Justice for training and sharing of information.

## **4.5 The Cases in The Bahamas**

---

32 Allain, Jean. "No effective trafficking definition exists: Domestic implementation of the Palermo Protocol." *Alb. Gov't L. Rev.* 7 (2014): 111.

33 Swann, Christine E. "Migration: The Bahamas and the Caribbean: A Selective Bibliography." *International Journal of Bahamian Studies* 20, no. 1 (2014): 70-75.

34 Chevanese Sasha Gaye Hall v Attorney General SCCrApp Case #: 179 of 2014

*The Attorney General v Hall*<sup>35</sup>

The respondent Chevaneese Sasha Hall was convicted before the Supreme Court on charges of people trafficking laid under sections 3 and 4 of the Trafficking in Persons (Prevention and Suppression) Act (Chapter 106) (“TIPA”). The Supreme Court in 2014 sentenced one of the convicted perpetrator of trafficking crimes to 15 years’ imprisonment for trafficking in persons and seven years’ imprisonment for withholding the victim’s documents. She had been brought before the court pursuant to a voluntary bill of indictment laid by the Attorney General. No point was then taken upon the validity of that form of process. However, on appeal she contended that there was no power to lay a voluntary bill. The Court of Appeal upheld that contention and quashed her convictions. The Attorney General challenges that decision by further appeal to the Board. The Privy Council *inter alia*, held that:

30. For all these reasons, the Board concludes that the TIPA offences contrary to sections 3 and 4 are indeed, as they say they are, triable either way. There is no right of election for the accused. The prosecution is entitled to ask the magistrate to proceed by way of preliminary inquiry, and will no doubt either do so or invite him to conduct a summary trial according to the gravity of the circumstances alleged to constitute the offence. Whatever they may ask the magistrate to do, s/he has the power under section 126 to determine that the offence is suitable for summary trial, and to proceed in that way.....

46. For these several reasons, the conclusions of the Board are these.  
(a) The effect of the Criminal Procedure Code is not to limit offences for mode of trial purposes to the three categories postulated by the Court of Appeal.

(b) For the purposes of mode of trial, offences in the Bahamas may be categorised in four groups: (i) offences which are triable only by judge and jury in the Supreme Court, (ii) offences which are triable either way without the accused having any right to elect trial by jury, (iii) offences which are triable either way but in relation to which the accused has a right to elect trial by jury pursuant to section 214 and Schedule 3 of the Criminal Procedure Code and (iv) offences which are triable only summarily.

(c) Where an offence falls into category (ii) the prosecution may

---

35 [2016] UKPC 28

invite the magistrate to proceed either by way of summary trial or by way of preliminary inquiry with a view to committal to the Supreme Court for trial by judge and jury on information. The accused has no right to elect trial by jury. But the prosecution does not have unfettered power to decide the mode of trial. That power belongs to the magistrate, who may determine either that a case which the prosecution would be content to be tried summarily ought to be sent to the Supreme Court, or that an offence which the prosecution would prefer to go to the Supreme Court ought to be tried summarily. The magistrate will no doubt hear both parties before arriving at a decision as to mode of trial....

47. The Board will accordingly humbly advise Her Majesty that the appeal of the Attorney General ought to be dismissed.

The prosecution of most matters under TIPA in the Bahamas are being handled before the Magistrates courts in the aftermath of the Privy Council's decision.

## **5 UGANDA**

### **5.1 The Prevention of Trafficking in Persons Act**

The 2009 Anti-Trafficking Act criminalized sex trafficking and labor trafficking, and it prescribed punishments of up to 15 years' imprisonment for offenses involving adult victims and up to life imprisonment for those involving child victims.<sup>36</sup> Section 2 of the Act adopted the definition and elements of crime under Article 3 of the Trafficking Protocol. Efforts are still ongoing to effectively enforce the Act.<sup>37</sup> The penalties under the Act have been considered sufficiently stringent and, with respect to sex trafficking, commensurate with those prescribed for other serious crimes, such as kidnapping.<sup>38</sup> The law also criminalized the use of a child in any armed conflict and prescribed penalties of up to the death penalty.<sup>39</sup>

### **5.2 The Department of Trafficking in Persons Ministry of Internal Affairs**

In an effort to operationalize Section 21 of the Prevention of Trafficking in Persons

---

36 Section 3 of The Prevention of Trafficking in Persons Act.

37 Walton, S. Ernie. "The Trafficking in Persons Report: Recommendations for Uganda." *Available at SSRN 3392045* (2019).

38 Offia, Favour. "Child Trafficking in Uganda." *Irish Centre for Human Rights Working Paper Series* (2020).

39 Section 5 of the Act. See also Offia, Favour. "Human Trafficking in Uganda: Law, Policy and Practice." *Policy and Practice (December 2, 2019). Irish Centre for Human Rights Working Paper Series* (2019).

(PTIP) Act the then Minister of Internal Affairs designated a Coordination Office for Prevention of Trafficking in Persons (COPTIP), at the Ministry of Internal Affairs, in March 2013, to be responsible for coordination, monitoring and overseeing the implementation of the Act.<sup>40</sup> The COPTIP was responsible for compiling law enforcement data.

### **5.3 Uganda Police Force (UPF): Anti TIP Unit**

In 2019, UPF announced the creation of the Anti-Trafficking in Persons Department within the Criminal Investigation and Crime Intelligence Department; however, the new anti-trafficking department had yet to receive final approval by end of that year.<sup>41</sup> In 2020, UPF created seven human trafficking officer positions and the CID established human trafficking desk officers at border posts and at the Entebbe International Airport.<sup>42</sup>

### **5.4 The ODPP TIP Unit**

The government maintained a trafficking-specific desk in the Director of Public Prosecutions' office responsible for prosecuting trafficking crimes. The government, in partnership with an NGO, designated 136 Trafficking in Persons Focal Prosecutors across the country to gather and track human trafficking data.<sup>43</sup> In response to the pandemic lockdown, Office of the Director of Public Prosecutions created and implemented an electronic application to facilitate communication among 350 police (or police officers?) and prosecutors and to share resources on effective methods for human trafficking investigations and prosecutions across the country.<sup>44</sup>

### **5.5 Ugandan Trafficking in persons Cases**

Uganda has prosecuted a number of cases under the PTIPA, 2009. Below are two summaries to give an insight into the TIP offences.

### **5.6 Uganda v Orwothwun Martin<sup>45</sup>**

---

<sup>40</sup> *Ibid* n36

<sup>41</sup> *Ibid* n2

<sup>42</sup> *Ibid*

<sup>43</sup> *Ibid*.

<sup>44</sup> *Ibid*.

<sup>45</sup> (Criminal Session Case-2017/52) [2017] UGHCCRD 16 (07 August 2017).

The accused was charged with two counts of Aggravated Trafficking in Children c/s 5 (f) of The Prevention of Trafficking in Persons Act. For the accused to be convicted of Aggravated Trafficking in Children c/s 5 (f) of *The Prevention of Trafficking in Persons Act*, the prosecution must prove each of the following essential ingredients beyond reasonable doubt;

1. That the victim in each count was a child.
2. The victims were used or any of their body parts was used in witchcraft or harmful rituals and related harmful human practices.
3. That it is the accused who used the victims or any body parts of theirs in such practices.

In the final result, I find that the prosecution has failed to prove any of essential ingredients of the offence beyond reasonable doubt and I hereby find the accused not guilty and consequently acquit him of the offence of Aggravated Trafficking in Children c/s 5 (f) of *The Prevention of Trafficking in Persons Act* on both counts.

### **5.7 Uganda v Umutoni<sup>46</sup>**

Umutoni Annet (“the accused”) was charged on two counts of aggravated child trafficking and Human Trafficking contrary to sections 3(1) (a), 4 (a) and 5 (a) of the Prevention of Trafficking in Persons Act No.7 of 2009. The offence of Aggravated child trafficking which is the subject of each of the two counts in the indictment before court and each of which the prosecution has to prove beyond reasonable doubt has five ingredients:-

1. The victim was a child;
2. Transportation and transfer
3. By means of the use of threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception....or of giving or receiving of payments or benefits....
4. For purposes of exploitation
5. Accused’s participation.....

In conclusion I find and hold that prosecution proved beyond reasonable doubt all the essential ingredients of the offence in count No.1 of the indictment.....Consequently, I find and hold the accused guilty on count No.1 as charged but acquit the accused of the offence she was indicted for in count No.2 of the indictment. Instead I find the accused guilty of the offence under section 3 (a) of the Act as charged.

After balancing the aggravating and mitigating factors and after considering the se-

---

46 (HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3) [2014] UGHICD 1 (16 October 2014).

riousness of the offences and the maximum sentences of death for aggravated trafficking in children and fifteen years prison term for trafficking in persons, and finally considering that the convict has spent a total of twenty (20) months on remand I hereby sentence the convict to prison terms of eight (8) years on the count of aggravated child trafficking and five (5) years on the count of trafficking in persons. The two prison terms shall run concurrently.

The above two Ugandan cases had different outcomes, the one of *Orwothwum* which involved alleged witchcraft and ritual sacrifices being harder for the prosecution to discharge the burden. Whereas in the *Umutoni* case, the prosecution was able to discharge the burden as there was transportation and coercion of the victim for exploitation. The cases present the different challenges prosecutors and investigators face in executing their mandates in tackling TIP offences.

## **6 INVESTIGATION AND PROSECUTION OF TRAFFICKING IN PERSONS CASES IN THE BAHAMAS AND UGANDA**

### **6.1 Investigations**

*Reactive*: This is a victim-led approach, which is reliant on victim testimony. It consistently utilizes standard police criminal investigation methods, such as corroboration, identification parade, photo array identification and so forth.<sup>47</sup> *Proactive*: This is an intelligence-generated or police-led approach. The proactive approach does not depend solely on the victim's testimony or cooperation; rather, it relies on utilizing a combination of tools to collect evidence and build circumstances to aid prosecution.<sup>48</sup> Selected sources of intelligence highlighted in the previous session are obtained from this approach. *Disruptive*: This is a multi-agency alternative option which is generally used in the process of stopping illegal activities of trafficking breached. It is influenced by the initial risk assessment and it aims at ensuring victims are distinguished from criminals and rescued.<sup>49</sup>

### **6.2 Dual Investigation Approach**

Although trafficking cases are more easily prosecuted when victims cooperate with

---

47 David, Fiona. "Law enforcement responses to trafficking in persons: challenges and emerging good practice." *Trends and issues in crime and criminal justice* 347 (2007): 1-6.

48 *Ibid.*

49 Gallagher, Anne, and Paul Holmes. "Developing an effective criminal justice response to human trafficking: Lessons from the front line." *International criminal justice review* 18, no. 3 (2008): 318-343.

law enforcement, cooperation is generally limited in TIP in comparison with the cooperation of victims of other crimes, for a variety of reasons, including the traumatic experience of trafficking, which often renders victims untrusting, incapable or unwilling to be involved, especially in the short term.<sup>50</sup> It is therefore important to build a case through a proactive approach to find different sources of compelling evidence other than relying heavily on witness testimony/statements.

### 6.3 Evidence-gathering

To build a strong TIP case for prosecution, the evidence must be obtained in accordance with national law and the relevant chain of custody procedures should be followed to ensure admissibility within court.<sup>51</sup> When collecting evidence during a TIP case investigation, the information below should be considered:

*Understanding legal requirements:* Evidence gathered should be relevant to the elements needed to prove the crime. In any criminal investigation, liability must be proven by determining both the actus reus (guilty act) and the mens rea (guilty mind) of the suspect.<sup>52</sup> To specifically prove the criminal offence of TIP, the elements related to the act, means and purpose of exploitation should be ascertained by gathering various sources of evidence.

*Search warrants:* These can be issued by a judge, magistrate or justice of the peace once there is a reasonable ground to suspect that a crime has been committed or is about to be committed.<sup>53</sup> Search warrants enable the police to obtain various sources of evidence which may include: records of financial transactions, IT equipment, identification documents, documentation relevant to the management of the illegal business (e.g. daily worksheets, payment schedules, price lists) and so forth. The strategic use of the search warrant is likely to significantly assist with evidence-gathering efforts.<sup>54</sup>

*Interviewing victims:* The appropriate interviewing method should be followed with interviews being held in a suitable location and recorded in accordance with relevant guidelines.<sup>55</sup>

---

50 Paavilainen, Marja. "Debate: Towards a Cohesive and Contextualised Response: When is it necessary to distinguish between forced labour, trafficking in persons and slavery?." *Anti-Trafficking Review* 5 (2015).

51 Jesrani, Tejal. "The use of electronic evidence to more effectively fight trafficking in persons." In *Human Trafficking and Exploitation*, pp. 208-219. Routledge, 2017.

52 Gallagher, ANNE T., and N. I. C. O. L. E. Karlebach. "Prosecution of trafficking in persons cases: Integrating a human rights-based approach in the administration of criminal justice." *Background Paper: Geneva: OHCHR* (2011).

53 Skinnider, Eileen, and Criminal Justice Policy. *Defining Organised Crime in Canada: Meeting Our Obligations Under the UN Convention Against Transnational Organised Crime and Its Protocols Against Trafficking of Persons and Smuggling of Migrants?*. International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2006.

54 Walters, Jim, and Patricia H. Davis. "Human trafficking, sex tourism, and child exploitation on the southern border." *Journal of Applied Research on Children* 2, no. 1 (2011): 6.

55 Turkel, Allison, and Suzanna Tiapula. "Strategies for Interviewing Child Victims of Human Trafficking." (2008).

*Statement recording:* The statement should outline in a sequential order the events that occurred and must be signed by the witness. In some jurisdictions such as Malaysia, a deposition may be required.<sup>56</sup>

*Processing of the crime scene:* This requires a thorough examination and analysis of the crime scene so as to gather all the relevant evidence in order to prosecute trafficking in person cases. This includes articles left behind by victims and suspects, documents, fingerprints and DNA opportunities.<sup>57</sup>

*Witness protection measures:* Where a given witness or victim is in grave danger, the law enforcement is enjoined to take measures towards their protection. These measures may range from police protection, entry into a witness protection program, in court protection measures such a video-link testimony, voice distortion, use of protective screens, use of pseudonyms among others.<sup>58</sup> It should be recalled by law enforcement that in the execution of their mandate, not harm should be caused to the witnesses or victims.

*Witness anonymity:* The Bahamas enacted the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act 2011, which enables witnesses who feel or are deemed to be in grave danger if their identity was known by the accused or his/her associates would give their testimony under anonymity.<sup>59</sup> This ensures that the victim or witness does not suffer any harm.<sup>60</sup>

## 6.4 Prosecution of Trafficking-in person's cases

### *Consultation with Investigators:*

In The Bahamas, the RBPF investigators upon conducting investigations and compiling the case file, they submit the same with a memorandum or initial report to the Director of Public Prosecutions detailing their findings and recommendations. Upon receipt of the case file and initial report the officer in charge of consultation peruses the file to determine the cogency and admissibility of the evidence in light of the allegations and recommendations by the RBPF. The consulting officer will approve or disapprove the recommendations or make necessary recommendations to the police. In The Bahamas, the RBPF consults the ODPP but is not given directives. On the other hand in Uganda,

---

56 Ab Hamid, Zuraini, Norjihan Ab Aziz, and Noorshuhadawati Mohamad Amin. "Challenges encountered by Malaysian prosecutors in human trafficking." *International Journal of Asian Social Science* 8, no. 1 (2018): 21-27.

57 Ribaux, Olivier, Amélie Baylon, Claude Roux, Olivier Delémont, Eric Lock, Christian Zingg, and Pierre Margot. "Intelligence-led crime scene processing. Part I: Forensic intelligence." *Forensic Science International* 195, no. 1-3 (2010): 10-16.

58 Mofokeng, Jacob, and Adewale Olutola. "Expert reflections on challenges experienced to address human trafficking in South Africa prior to the implementation of the Prevention and Combating of Trafficking in Persons Act 7 of 2013." *Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology* 2014, no. 1 (2014): 114-135.

59 Section 8 of the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act, 2011

60 Bakibinga, David Baxter. "Witness protection in the criminal justice system of the Bahamas." *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará* 12, no. 1 (2020): 167-194.

the DPP is mandated by the constitution to direct and control criminal investigations.<sup>61</sup> Upon receipt of any complaint or information the CID conduct investigations and compile the file and submit the same for perusal and legal advice. In complex investigations, the DPP adopts the prosecution-led investigations where the prosecutor is involved in the inquiries from the onset.<sup>62</sup> In Uganda, post-1995 the case files are not submitted with recommendations from the police as the decisions and directions are given by the DPP.

### *Cogency and admissible evidence*

The ODPP Bahamas relies on the test of cogency and admissibility of the evidence at the consultation stage. This implies that all the assembled evidence must be factual and should tend to establish the truth or disprove it. The evidence must be essential and having probative value not impacted by any defence. Where the evidence passes the test, then the consultant is enjoined to approve the charges. On the other hand if the evidence does not pass the test, the consultant would make recommendations not to approve charges. In The Bahamas at the consultation stage, all investigations should have been concluded except for few complex inquiries such as pathologist and ballistic reports. In Uganda, the test at the perusal stage of the assembled evidence is a prima facie case. Prima facie evidence must support all the elements of the crime and must be relevant and admissible. In Uganda all preliminary investigations must be concluded before the case file is submitted for perusal. The exceptions are forensic reports from the Government Analytical Laboratory, Identification Bureau, and Document Analysts, which require more time to compile.

### *Appropriate charges*

In The Bahamas the DPP advises on the appropriate charges at two levels, at the consultation stage and at the preparation of a Voluntary Bill of Indictment (VBI).<sup>63</sup> However for most summary offences, it is the Commissioner of Police who must ensure that the docket contains appropriate charges.<sup>64</sup> This parallel system has presented challenges in ensuring quality control in preferring of charges for both summary and charges on information. In some cases files are referred by police prosecution to DPP to handle appeals

---

61 Article 120(3)(a) of the Constitution of the Republic of Uganda Vol.1 Laws of Uganda 2000 Edition

62 'Best practices for Prosecution-led Trafficking in persons investigations in Uganda' The Human Trafficking Institute, June 2020 at p3 Available at <https://www.traffickinginstitute.org/wp-content/uploads/2020/06/HTI-Best-Practices-Manual-WEB-High-Res-1.pdf> Accessed: 28/9/2021.

63 Section 258 of the Criminal Procedure Code Act Ch. 91 Laws of the Bahamas

64 Section 58(7) of the Criminal Procedure Code Act Ch. 91 Laws of the Bahamas

premised on defective dockets and or duplex charges. The evolving practice now is that all cases from police should be consulted in order to ensure quality control and uniformity. In Uganda, it is the duty of the prosecutor to ensure that appropriate charges are preferred and the charge sheet and or indictment are proper.<sup>65</sup> Since both The Bahamas and Uganda are common law jurisdictions, the prosecution is enjoined to ensure that the charging documents are appropriately before court. Where the defects are incurable then the charges would be dismissed.<sup>66</sup> However if the defects are minor, the court can cause the prosecution to file amendments.<sup>67</sup>

#### *Application for protective measures:*

The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act, 2011 of The Bahamas, to criminal investigations and criminal proceedings for qualifying offences including offences under the Trafficking in Persons (Prevention and Suppression) Act (Ch 106).<sup>68</sup> The Magistrates are enjoined to grant investigation anonymity orders in relation to a specified person, prohibiting the disclosure of information that leads to the identity of the specified person as a person who is or was able or willing to assist a qualified criminal investigation; or that might enable the specified person to be identified as such a person.<sup>69</sup> In the same vein the Commissioner of Police and the DPP are enjoined to make application for investigation anonymity orders.<sup>70</sup> The application is made *ex parte* and the magistrate may dispose of it without a hearing.<sup>71</sup> The conditions under which an investigation anonymity order may be made include, a qualifying offence being committed; where the person in respect of whom the order is to be made is threaten or likely to suffer harm; where whom would be specified in the order is able to provide information that relates to a criminal investigations into a qualifying offence; and where the person is alleged to have committed a qualifying offence but was sixteen years or below at the time.<sup>72</sup> These provisions in the Bahamian legislation ensure that the victims, witnesses or cooperation offenders in TIP investigations are protected at the earliest opportunity. It could be argued that this would boost their confidence when engaging with investigators. In Uganda on the other hand, law enforcement officers, prosecutors, judicial officers and

---

65 DPP Uganda, 'Prosecution Performance Standards And Guidelines 2014' at p7. Available at <https://www.dpp.go.ug/index.php/publications/send/20-prosecution-performance-standards/15-prosecutions-performance-standands-and-guidelines> Accessed on 20/8/2021

66 See *Ezekiel Kwihuja v The Republic* Criminal Appeal No. 559 of 2016, Court of Appeal, Tanzania at p11

67 See *Kastory Lugongo v. The Republic*, Criminal Appeal No. 251 of 2014, Court of Appeal, Tanzania

68 Section 4(1)(g) of the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act, 2011

69 Section 6, *ibid.*

70 Section 7, *ibid.*

71 Section 7 (2) and (4), *ibid.*

72 Section 8, *ibid.*

medical practitioners, as well as parties to the case, are enjoined to recognize the right to privacy and or confidentiality of the victim of trafficking at any stage of the investigation or trial of an offence under the Prevention of Trafficking in Persons Act, 2009.<sup>73</sup> The legislation in Uganda does not expressly provide for anonymity during investigation and there are not specific procedures for investigation anonymity orders. The legislation limits recognition of confidentiality to a victim of TIP and does not cover witnesses and cooperating offenders that may provide information.

#### *Disclosure of the evidence:*

In the Bahamas, the evidence obtained under the Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act does not contain personal details or information that is likely to lead to the identification or location of the person subject to an anonymity order. This implies that during disclosure all the evidence handed over to the defence would contain only necessary facts and opinion or expert evidence. This ensures that the defence accesses all the evidence without the accused being prejudiced whereas the persons subject to the anonymity order are also protected. In Uganda, evidence obtained under the Prevention of Trafficking in Persons is redacted in order to ensure confidentiality. The evidence disclosed must contain only relevant facts and opinion or expert evidence. This ensures a balance of the rights of the accused person being able to have a fair trial and the rights of the victims of TIP.

#### *Case strategy and planning*

In the Bahamas after the case to be tried on information before the Supreme Court is scheduled for trial after arraignment, there will be a case management hearing where the prosecution will give an update on the readiness of the prosecution to proceed and if there are any outstanding inquiries so that the case is mentioned instead. It should be noted that forensic reports take a while to be concluded as some are dealt with abroad. If there are no outstanding issues then court will set the matter for a pre-trial hearing (PTR) and a hearing date. At the PTR all disclosures should have been made and both prosecution and defence can agree on uncontested evidence through stipulations for instance evidence of arresting officers. At this stage the prosecutor should have a well laid down strategy as to how he/she will be presenting their evidence. In the preparation one has to have a well articulated opening statement to given the court, the jury

---

<sup>73</sup> Section 13 of the Prevention of Trafficking In Persons Act No. 7 of 2009

and the defence the road map and the case theory for the prosecution. In Uganda when inquiries are concluded for indictable offence such as aggravated trafficking in persons, the indictment and summary of the case will be prepared for committal proceedings to the High Court.<sup>74</sup> When a session for the High Court is scheduled, the accused will be arraigned before the judge. After pleading to the indictment, if the offender pleads not guilty then the court conducts a preliminary hearing.<sup>75</sup> At the preliminary hearing both the prosecution and defence agree upon uncontested evidence.<sup>76</sup> A memorandum of agreed facts is then prepared and is endorsed by the prosecutor, the accused, the defence counsel and the judge.<sup>77</sup> The agreed evidence need not be formally proved further however the court may require a witness to appear in court to offer further insight into the evidence in the memorandum.<sup>78</sup>

The most important thing is to start strong and ensure that their best evidence is entered and admitted into the record.<sup>79</sup> The prosecutor must prepare for objections and how to counter them. The defence relies on objections to lock out any evidence they deem inadmissible however compelling it is to the court or jury. The prosecutor must also prepare their witnesses for cross-examination and identification of exhibits.<sup>80</sup> The prosecutor must also prepare for the likely defences and lead evidence to negate them.<sup>81</sup>

### *Witness proofing*

The prosecutors in the Bahamas and Uganda do meet witnesses prior to the commencement of the hearing with a view of preparing them for the proceedings. This process is referred to as ‘witness proofing’. “Proofing a witness” or “conferencing a witness” is the process of speaking to a witness, usually in person, about the substance of his or her evidence, going through the person’s statement and taking the witness to the documents or other proposed exhibits sought to be tendered through that witness.<sup>82</sup> Meeting the prosecutor in advance or on the day of their appearance and having their questions answered can help a witness to feel prepared for their court experience and

---

74 Section 168 of the Magistrates Courts Act Chapter 16, Volume II, Laws of Uganda 2000 Edition.

75 Section 66(1) of the Trial of Indictments Act Chapter 23, Volume II, Laws of Uganda 2000 Edition.

76 *Ibid.*

77 *Ibid* Section 66(2).

78 *Ibid* section 66(3).

79 Gallagher, Annett., and Nicole. Karlebach. “Prosecution of trafficking in persons cases: Integrating a human rights-based approach in the administration of criminal justice.” *Background Paper. Geneva: OHCHR* (2011). At p10.

80 Davy, Deanna. “Justice for victims of human trafficking in Australia? Issues associated with Australia’s criminal justice response to trafficking in persons.” *Contemporary justice review* 20, no. 1 (2017): 115-131.

81 Moskowitz, Albert. “Challenges and priorities in prosecuting and adjudicating trafficking in persons cases.” In *Trafficking in Persons Research and Data Forum*, pp. 3-4. 2008.

82 Wheatcroft, Jacqueline M., and Louise E. Ellison. “Evidence in court: Witness preparation and Cross Examination style effects on adult witness accuracy.” *Behavioral sciences & the law* 30, no. 6 (2012): 821-840.

able to give their best evidence. We should seek to help all witnesses who are called to court in this way, taking into account their needs and the amount of interaction they wish to have. Providing assistance before and at court is especially important where witnesses are vulnerable and/or intimidated.<sup>83</sup> One measure which should be considered for all such witnesses is a pre-trial special measures meeting.<sup>84</sup> This gives the prosecutor an opportunity to introduce him/her and to help the witness to make a properly informed decision about which special measures might assist them to give best evidence in advance of the day at court. It can also be used to inform the witness about the matters covered in this guidance. Even for those witnesses who are not identified as vulnerable/intimidated and do not have a special measures meeting, it is important that they are aware of what is likely to happen during their time at court.<sup>85</sup>

### *Preparation of submissions or legal arguments*

A submission or a written legal argument usually in a format prescribed by the courts, stating the legal reasons for the case/suit based on statutes, regulations, case precedents, legal texts, and reasoning applied to facts in the particular situation.<sup>86</sup> Both the Bahamas and Uganda are common law jurisdictions. The procedural laws provide for two stages when legal arguments can be made, that is, a submission for a no case to answer and closing arguments or final submissions. The prosecutor is enjoined to conduct adequate research and get a good grasp of the evidence so as to persuade the jury, assessors and the judge as the case may be.<sup>87</sup>

## **6.5 Issues and challenges**

### *Summary v Jury Trials*

In the Bahamas the offences under the TIP legislation can be tried both under summary proceedings and on information. Some of the cases are handled before magistrates under summary trial and those tried on information by a jury are before the Supreme

---

83 Boccaccini, Marcus T., Trina Gordon, and Stanley L. Brodsky. "Effects of witness preparation on witness confidence and nervousness." *Journal of Forensic Psychology Practice* 3, no. 4 (2004): 39-51.

84 Wheatcroft, Jacqueline M., and Sarah Woods. "Effectiveness of witness preparation and cross-examination non-directive and directive leading question styles on witness accuracy and confidence." *The International Journal of Evidence & Proof* 14, no. 3 (2010): 187-207.

85 Gous, Georgina, and Jacqueline M. Wheatcroft. "Directive leading questions and preparation technique effects on witness accuracy." *SAGE Open* 10, no. 1 (2020): 2158244019899053.

86 Jackson, John, and Sean Doran. "Judge and jury: towards a new division of labour in criminal trials." *Mod. L. Rev.* 60 (1997): 759.

87 Lubet, Steven. "The Trial as a Persuasive Story." *Am. J. Trial Advoc.* 14 (1990): 77.

Court. However in *Hall v A.G.*, the Privy Council held that the A.G could not prosecute offences under section 5 on information and that such cases could only be tried summarily before the magistrates courts. The PC upheld the decision of the Court of Appeal to quash the conviction and set aside the sentence of years.<sup>88</sup> The practice in the ODPP Bahamas now is to prosecute the TIP offences summarily.

In Uganda the PTPA provides for both summary (cases triable by magistrates) and indictable offences.<sup>89</sup> The trials of indictable offences before the High Court are tried by a judge assisted by assessors.<sup>90</sup> The ODPP has prosecuted tens of cases before magistrates' courts and a couple before the High Court.<sup>91</sup> Critics argue that prosecutors in Uganda opt for lesser charges under the Penal Code to avoid the rigors of dealing with TIP which they perceive as more tedious to prosecute.<sup>92</sup>

### *The covid-19 pandemic*

The impact of the covid-19 pandemic was global. One of the sectors that bore the brunt was the criminal justice sector. The lockdowns meant that victims, witnesses, jurors, assessors, recorders, court clerks among others could not travel to the temples of justice. This meant that trials could not proceed. The heads of the judiciaries issued guidelines in conformity with the Emergency Orders to guide the justice actors.<sup>93</sup> The law enforcement resources were also diverted in order to enforce the lockdowns and curfews, this impacted on investigations. The offenders spent time on remand without trial. The courts were compelled to grant bail in deserving cases to ease on the prison congestion.

### *Lack of cooperation of victims*

The victims in TIP are very vulnerable and susceptible to manipulation. Since many place their hope in the perpetrators, they may not be desirous to antagonize them for fear of retribution.<sup>94</sup> The traffickers are always ruthless when it comes to dissent. The victims

---

88 [2016] UKPC 28

89 Sections 3,4 and 5 of the Act

90 Section 3 of the Trial on Indictments Act Chapter 23 Vol. II Laws of Uganda, 2000 Edition

91 Walton, S. Ernie. "The Trafficking in Persons Report: Recommendations for Uganda." Available at SSRN 3392045 (2019).

92 Ahimbisibwe Winfred, 'The Current Trends and Challenges Prosecuting Human Trafficking Cases in Uganda' Available at <http://www.casinapiov.vt/content/accademia/en/publications/scriptavaria/africanwomenjudges2019/ahimbisibwe.html> Accessed on 28/08/2021

93 The Judiciary Covid-19 Protocols, Available at <https://www.bahamasjudiciary.com/covid-19-protocols/> Accessed on 26/08/2021

94 Newton, Phyllis J., Timothy M. Mulcahy, and Susan E. Martin. *Finding victims of human trafficking*. Bethesda, MD: University of Chicago, National Opinion Research Center, 2008. At p44

often in a state of hopelessness and in unfamiliar territory and having no confidence in their authorities are not desirous to cooperate with law enforcement.<sup>95</sup> Many victims have belief that the traffickers will come through for them.

### *Covert nature of crime*

TIP offences are carried out in a covert manner. In many instances there is a façade of legitimacy either a marriage, a relative, a child, employment, further studies among others.<sup>96</sup> In most instances the victims have their own dreams for a better life, unknown to them the perpetrators also have their own dreams to fulfill. The victims are often the underdogs since the perpetrators have the mastery of the vice. When the victims are ensnared, they have little or no space to maneuver. In circumstances where law enforcement or citizens do not see any red flag raised, it renders it difficult to intervene.<sup>97</sup>

### *Identification of victims*

In TIP many a time there are efforts to take advantage of any global or national crisis so as to migrate. The victims on their own or on the advice of the perpetrators assume different identities to facilitate their travel. Many a time victims may travel on passports, national identifications of different countries perceived to be credible before their intended destination not being the victim's nation of origin.<sup>98</sup> This renders efforts of law enforcement officers to obtain the true identity of victims rather insurmountable.<sup>99</sup>

### *Securing admissible evidence:*

Given the covert nature of TIP offences, law enforcement relies on intelligence so as to penetrate into the criminal groups.<sup>100</sup> Most of the intelligence gathering may not conform to the laws of evidence hence there would be need to turn it into a form that would be admissible before courts of law.<sup>101</sup>

---

95 Ibid

96 Hepburn, Stephanie, and Rita J. Simon. "Hidden in plain sight: Human trafficking in the United States." *Gender Issues* 27, no. 1 (2010): 1-26.

97 Farrell, Amy, and Brienne Kane. "Criminal justice system responses to human trafficking." *The palgrave international handbook of human trafficking* (2020): 641-657.

98 Clawson, Heather J., and Nicole Dutch. *Addressing the needs of victims of human trafficking: Challenges, barriers, and promising practices*. Washington, DC: Department of Health and Human Services, Office of the Assistant Secretary for Planning and Evaluation, 2008. At p3

99 Clawson, Heather J., and Nicole Dutch. "Identifying victims of human trafficking: Inherent challenges and promising strategies from the field." *Washington, DC: US Department of Health and Human Services (HHS)* (2008). At p3

100 Rankin, Glynn, and Nick Kinsella. "Human trafficking—The importance of knowledge information exchange." *In Intelligence Management*, pp. 159-180. Springer, London, 2011.

101 Meyer, Leah F., and Louise I. Shelley. "Human Trafficking Network Investigations: The Role of Open Source In-

### *Cooperation with other law enforcement agencies:*

In investigating and prosecuting TIP offences, there is need for cooperation with other agencies of government including the Department of Immigration, Internal Security Organization, and External Security Organization. These agencies regularly collect intelligence concerning citizens and residents in and out of the country. Such intelligence is vital in identifying victims and perpetrators.<sup>102</sup> If ODPP and the police do not cooperate with other agencies crucial information would be missing in the investigations.<sup>103</sup> In case of cross border migration, the Department of Immigration would have travel details where the victims and perpetrators used official entry ports. In cases of illegal entry, their intelligence on illegal migrants would be of help.<sup>104</sup>

### *Corruption and complicity of public officials:*

Corruption and complicity of public officials across government institutions or agencies is reported to be one of the factors impacting on the effective prosecution of TIP offences.<sup>105</sup> The TIP and smuggling migrants is reported to be a multibillion dollar industry.<sup>106</sup> To this end the perpetrators have the money to bribe their way around the system. The money is a great incentive for the public officials who are often under or poorly paid. This renders efforts to combat TIP offences more challenging.<sup>107</sup>

## **7 CONCLUSIONS AND WAY FORWARD**

The Bahamas and Uganda continue with efforts to combat TIP albeit with different levels of success due to peculiar circumstances of the respective countries. What is evident is that law enforcement efforts and prosecutions are on the right trajectory. The

---

telligence and Large-Scale Data Analytics in Investigating Organized Crime.” *International Journal on Criminology* 7, no. 2 (2020). At p94-5

102 Mofokeng, Jacob, and Adewale Olutola. “Expert reflections on challenges experienced to address human trafficking in South Africa prior to the implementation of the Prevention and Combating of Trafficking in Persons Act 7 of 2013.” *Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology* 2014, no. 1 (2014): 114-135. At p128

103 Bello, Paul Oluwatosin. “Criminal justice response to human trafficking in Nigeria and South Africa: suggestions for better performance.” *Contemporary Justice Review* 21, no. 2 (2018): 140-158.

104 Usman, Usman Mikail, Raja Noriza Raja Ariffin, and Azmah Binti Haji Othman. “Implementing the Anti-Human Trafficking Policy in Nigeria: Trials and Tribulations.” *Journal of Contemporary Issues in Business and Government* 27, no. 1 (2021): 1147-1155.

105 Farrell, Amy, and Brianne Kane. “Criminal justice system responses to human trafficking.” *The palgrave international handbook of human trafficking* (2020): 641-657.

106 Smith, Katherine Taken, Hannah M. Martin, and L. Murphy Smith. “Human trafficking: a global multi-billion dollar criminal industry.” *International Journal of Public Law and Policy* 4, no. 3 (2014): 293-308. At p293-4.

107 Kendall, Virginia M. “Greasing the palm: An argument for an increased focus on public corruption in the fight against international human trafficking.” *Cornell Int'l LJ* 44 (2011): 33. At p36-8.

Bahamas has to harmonize its legislation regarding jurisdiction before magistrates and the Supreme Court to avoid futile prosecutions. The Bahamas is still a popular transit and destination country due to its proximity to the US. More efforts are required by the government of Uganda as Ugandans are still trafficked in their thousands especially to the Middle East. The prosecution agency has and continues to conduct multi agency trainings for the justice law and order sector actors on TIP. Periodic reviews will be needed in future to determine how the two countries continue in their quest to combat TIP.

## **INVESTIGANDO E PROCESSANDO CASOS DE TRÁFICO DE PESSOAS NAS BAHAMAS E EM UGANDA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA**

### **RESUMO**

O deslocamento de seres humanos de um local para outro através da migração e/ou imigração é um fato da vida. O deslocamento voluntário e legal de pessoas ou o deslocamento involuntário devido a circunstâncias persuasivas não é um problema em si. É problemático quando o movimento dentro e fora das fronteiras do estado é ilegal e criminoso. Isso desenvolveu o fenômeno do tráfico de pessoas que tem sido apontado como uma escravidão moderna. Deve-se notar que o tráfico de pessoas é um crime de exploração e coerção, não de deslocamento. A comunidade internacional através das Nações Unidas, organismos regionais em geral e estados em particular têm sido chamados para tomar medidas para combater esse vício. As Bahamas tem sido caracterizadas mais como um país canal para pessoas traficadas. Por outro lado, Uganda, um país com a população de jovens mais nova do mundo, é notório pelo tráfico de pessoas, especialmente aquelas destinadas para o Oriente Médio. Este artigo analisa os esforços e medidas tomadas pelas Bahamas e por Uganda para investigar e processar os acusados de tráfico de pessoas, com objetivo a prevenir e mitigar este crime em evolução que atravessa fronteiras.

**Palavras-Chave:** Investigando; Processando; Tráfico de pessoas; Bahamas e Uganda.

## REFERENCES

### Articles

AB HAMID, Zuraini; NORJIHAN Ab Aziz; Amin, Noorshuhadawati Mohamad. Challenges encountered by Malaysian prosecutors in human trafficking. **International Journal of Asian Social Science** 8, no. 1 (2018): 21-27.

ALLAIN, Jean. No effective trafficking definition exists: Domestic implementation of the Palermo Protocol. **Alb. Gov't L. Rev.** 7 (2014): 111.

BAKIBINGA, David Baxter. "Witness protection in the criminal justice system of the Bahamas." *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará* 12, no. 1 (2020): 167-194.

BELLO, Paul Oluwatosin. Criminal justice response to human trafficking in Nigeria and South Africa: suggestions for better performance. **Contemporary Justice Review** 21, no. 2 (2018): 140-158.

Boccaccini, Marcus T., Trina Gordon, and Stanley L. Brodsky. Effects of witness preparation on witness confidence and nervousness. **Journal of Forensic Psychology Practice** 3, no. 4 (2004): 39-51.

BRHANE, Mogos O. Trafficking in Persons for Ransom and the Need to Expand the Interpretation of Article 3 of the UN Trafficking Protocol. **Anti-Trafficking Review** 4 (2015).

CLARK, Roger S. The United Nations Convention against transnational organized crime. **Wayne L. Rev.** 50 (2004): 161.

CORLISS, Cody. Human Trafficking as "Modern Slavery": The Trouble with Trafficking as Enslavement in International Law. **SCL Rev.** 71 (2019): 603.

DAVID, Fiona. Law enforcement responses to trafficking in persons: challenges and emerging good practice. **Trends and issues in crime and criminal justice** 347 (2007): 1-6.

DAVY, Deanna. Justice for victims of human trafficking in Australia? Issues associated with Australia's criminal justice response to trafficking in persons. **Contemporary justice review** 20, no. 1 (2017): 115-131.

FARRELL, Amy; KANE, Brianne. Criminal justice system responses to human trafficking. **The palgrave international handbook of human trafficking** (2020): 641-657.

GALLAGHER, Anne; HOLMES, Paul. Developing an effective criminal justice response to human trafficking: Lessons from the front line. **International criminal justice review** 18, no. 3 (2008): 318-343.

GOUS, Georgina; WHEATCROFT, Jacqueline M. Directive leading questions and preparation technique effects on witness accuracy. **SAGE Open** 10, no. 1 (2020):

2158244019899053.

HEPBURN, Stephanie; SIMON, Rita J. Hidden in plain sight: Human trafficking in the United States. **Gender Issues** 27, no. 1 (2010): 1-26.

John, Jackson; Doran, Sean. Judge and jury: towards a new division of labour in criminal trials. **Mod. L. Rev.** 60 (1997): 759.

LORING, Jones; ENGSTROM, David W.; HILLIARD, Tricia; DIAZ, Mariel. Globalization and human trafficking. **J. Soc. & Soc. Welfare** 34 (2007): 107.

KENDALL, Virginia M. Greasing the palm: An argument for an increased focus on public corruption in the fight against international human trafficking. **Cornell Int'l LJ** 44 (2011): 33.

LINDLEY, Jade. Policing and prosecution of human trafficking. In: **Research Handbook on Transnational Crime**. Edward Elgar Publishing, 2019.

LUBET, Steven. The Trial as a Persuasive Story. *Am. J. Trial Advoc.* 14 (1990): 77.

MEYER, Leah F.; SHELLEY, Louise I. Human Trafficking Network Investigations: The Role of Open Source Intelligence and Large-Scale Data Analytics in Investigating Organized Crime. **International Journal on Criminology** 7, no. 2 (2020).

MOFOKENG, Jacob; OLUTOLA, Adewale. Expert reflections on challenges experienced to address human trafficking in South Africa prior to the implementation of the Prevention and Combating of Trafficking in Persons Act 7 of 2013. **Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology** 2014, no. 1 (2014): 114-135.

OFFIA, Favour. Child Trafficking. In: Uganda. **Irish Centre for Human Rights Working Paper Series** (2020).

OFFIA, Favour. Human Trafficking in Uganda: Law, Policy and Practice. **Policy and Practice (December 2, 2019)**. *Irish Centre for Human Rights Working Paper Series* (2019).

PAAVILAINEN, Marja. Debate: Towards a Cohesive and Contextualised Response: When is it necessary to distinguish between forced labour, trafficking in persons and slavery?. **Anti-Trafficking Review** 5 (2015).

RANKIN, Glynn; Kinsella, Nick. Human trafficking—The importance of knowledge information exchange. In: **Intelligence Management**, pp. 159-180. Springer, London, 2011.

RIBAUX, Olivier, BAYLON, Amélie; ROUX, Claude; DELÉMONT, Olivier; ZINGG, Eric Lock, Christian; MARGOT, Pierre. Intelligence-led crime scene processing. Part I: Forensic intelligence. **Forensic Science International** 195, no. 1-3 (2010): 10-16.

Seelke, Clare Ribando. **Trafficking in persons in Latin America and the Caribbean**. Congressional Research Service, 2013.

Seelke, Clare Ribando. **Trafficking in persons in Latin America and the**

## **Caribbean.** 2010.

Smith, Katherine Taken; Martin, Hannah M.; Smith, L. Murphy. Human trafficking: a global multi-billion dollar criminal industry. **International Journal of Public Law and Policy** 4, no. 3 (2014): 293-308.

SWANN, Christine E. Migration: The Bahamas and the Caribbean: A Selective Bibliography. **International Journal of Bahamian Studies** 20, no. 1 (2014): 70-75.

USMAN, Usman Mikail; ARIFFIN, Raja Noriza Raja; OTHMAN, Azmah Binti Haji. Implementing the Anti-Human Trafficking Policy in Nigeria: Trials and Tribulations. **Journal of Contemporary Issues in Business and Government** 27, no. 1 (2021): 1147-1155.

WALTERS, Jim; Davis, Patricia H. Human trafficking, sex tourism, and child exploitation on the southern border. **Journal of Applied Research on Children** 2, no. 1 (2011): 6.

Walton, S. Ernie. The Trafficking in Persons Report: Recommendations for Uganda. Available at SSRN 3392045 (2019).

WHEATCROFT, Jacqueline M.; ELLISON, Louise E. Evidence in court: Witness preparation and Cross Examination style effects on adult witness accuracy. **Behavioral sciences & the law** 30, no. 6 (2012): 821-840.

WHEATCROFT, Jacqueline M.; WOODS; Sarah. Effectiveness of witness preparation and cross-examination non-directive and directive leading question styles on witness accuracy and confidence. **The International Journal of Evidence & Proof** 14, no. 3 (2010): 187-207.

## **Books**

KIRCHNER, Emil J.; Dominguez; Roberto. The Caribbean Community's fourth pillar: The evolution of regional security governance. *In: The Security Governance of Regional Organizations*, pp. 168-194. Routledge, 2013.

ST, Lucia. Exploratory Assessment of Trafficking in Persons in the Caribbean Region. **IOM** (2010), 2<sup>o</sup> Edition.

## **Edited Books**

FARRELL, Amy; KANE, Brianne. **Criminal justice system responses to human trafficking.** The palgrave international handbook of human trafficking (2020): 641-657.

HILL, Sheridan M.; MORRIS, Patrice K. **Drug Trafficking and Gang Violence in the Caribbean.** *In: Crime, violence and security in the Caribbean*, pp. 52-75. Routledge, 2017.

JESRANI, Tejal. **The use of electronic evidence to more effectively fight trafficking in persons.** *In: Human Trafficking and Exploitation.* pp. 208-219. Routledge, 2017.

MARTINEZ, Jacqueline Laguardia; CHAMI, Georgina; MONTOUTE, Annita; MOHAMMED, Debbie A. **Regional Integration in the Caribbean.** *In: Changing Cuba-US Relations*, pp. 19-35. Palgrave Macmillan, Cham, 2020.

Moskowitz, Albert. **Challenges and priorities in prosecuting and adjudicating trafficking in persons cases.** *In: Trafficking in Persons Research and Data Forum*, pp. 3-4. 2008.

### **Papers**

Ahimbisibwe Winfred, 'The Current Trends and Challenges Prosecuting Human Trafficking Cases in Uganda' Available at <http://www.casinapioiv.va/content/accademia/en/publications/scriptavaria/africanwomenjudges2019/ahimbisibwe.html>

CLAWSON, Heather J.; DUTCH, Nicole. **Addressing the needs of victims of human trafficking: Challenges, barriers, and promising practices.** Washington, DC: Department of Health and Human Services, Office of the Assistant Secretary for Planning and Evaluation, 2008.

CLAWSON, Heather J.; DUTCH, Nicole. **Identifying victims of human trafficking: Inherent challenges and promising strategies from the field.** Washington, DC: US Department of Health and Human Services (HHS) (2008).

GALLAGHER, Annet.; KARLEBACH, Nicole. **Prosecution of trafficking in persons cases: Integrating a human rights-based approach in the administration of criminal justice.** Background Paper. Geneva: OHCHR (2011).

NEWTON, Phyllis J.; MULCAHY, Timothy M.; MARTIN, Susan E.. **Finding victims of human trafficking.** Bethesda, MD: University of Chicago, National Opinion Research Center, 2008.

PRYCE, Murphy G. **Security: The Fourth Pillar of the Caribbean Community.** Does the Region Need a Security Organ. US Army Command and General Staff College Fort Leavenworth United States, 2016.

TURKEL, Allison; TIAPULA, Suzanna. **Strategies for Interviewing Child Victims of Human Trafficking.** (2008).

### **Policy Documents**

DPP Uganda, 'Prosecution Performance Standards And Guidelines 2014' at p7. Available at <https://www.dpp.go.ug/index.php/publications/send/20-prosecution-performance-standards/15-prosecutions-performance-standands-and-guidelines>

SKINNIDER, Eileen; POLICY, Criminal Justice. **Defining Organised Crime in Canada: Meeting Our Obligations Under the UN Convention Against Transnational Organised Crime and Its Protocols Against Trafficking of Persons and Smuggling of Migrants?.** International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2006.

Best practices for Prosecution-led Trafficking in persons investigations in Uganda. The Human Trafficking Institute, June 2020 at p3 Available at <https://www.traffickinginstitute.org/wp-content/uploads/2020/06/HTI-Best-Practices-Manual-WEB-High-Res-1.pdf>

## **Reports**

Secretariat, C. A. R. I. C. O. M., and Guyana Turkeyen. Strategic Plan for the Caribbean Community 2015–2019: Repositioning Caricom. *CARICOM: Turkeyen-Guyana* (2014).

The East African Legislative Assembly, ‘The EAC Counter-trafficking in Persons Bill, 2016 by Hon. Dora C. Kanabahita Byamukama’ Available at <https://www.eala.org/index.php?/documents/view/the-eac-counter-trafficking-in-persons-bill2016>

The East African Legislative Assembly, ‘Assembly Enacts Anti-Trafficking in Persons Bill’, <https://www.eala.org/index.php/media/view/assembly-enacts-anti-trafficking-in-persons-bill>

UNODC, ‘Global Report on Trafficking in Persons 2020’ at p.23. United Nations publication, Sales No. E.20.IV.3. Available at [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP\\_2020\\_15jan\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf)

US Department of State, 2021 ‘Trafficking in Persons Report: The Bahamas’, Available at <https://www.state.gov/reports/2021-trafficking-in-persons-report/bahamas/>

US Department of State, 2021 ‘Trafficking in Persons Report: Uganda’ available at <https://www.state.gov/reports/2021-trafficking-in-persons-report/uganda/>

## **News Reports**

The Tribune, “People Traffickers Using Bahamas As Transit Route” 4<sup>th</sup> December, 2020. Available at <http://www.tribune242.com/news/2020/dec/04/people-traffickers-using-bahamas-transit-route/>

## **Legislation**

### *The Bahamas*

The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act, 2011

The Criminal Procedure Code Act Ch. 91

The Trafficking in Persons (Prevention and Suppression) Act, 2008

The Judiciary Covid-19 Protocols, Available at <https://www.bahamasjudiciary.com/covid-19-protocols/>

### *Uganda*

The Constitution of the Republic of Uganda

Magistrates Courts Act Chapter 16  
The Prevention of Trafficking in Persons Act, 2009  
Trial of Indictments Act Chapter 23

### **International Instruments**

#### *UN Resolutions*

General Assembly resolution 55/25 of 15 November 2000

### **Cases**

#### *The Bahamas*

Chevaneese Sasha Gaye Hall v Attorney General SCCrApp Case #: 179 of 2014

#### *Uganda*

Uganda v Orwothwun Martin (Criminal Session Case-2017/52) [2017] UGHCCRD 16 (07 August 2017)

Uganda v Umutoni Annet (HCT-00-ICD-CR-SC-2014/3) [2014] UGHICD 1 (16 October 2014)

#### *Tanzania*

Ezekiel Kwihuja v The Republic Criminal Appeal No. 559 of 2016, Court of Appeal, Tanzania

Kastory Lugongo v. The Republic, Criminal Appeal No. 251 of 2014, Court of Appeal, Tanzania

#### *The Privy Council*

Attorney General v Hall [2016] UKPC 28



LA VOLUNTAD DE HANNAH ARENDT  
EN LA BANALIDAD DEL MAL: ¿PUEDEN  
LOS JUECES Y FISCALES DISTINGUIR LA  
MALDAD EN EL DELITO? ORIENTACIONES  
Y PERSPECTIVAS DE LA FILOSOFÍA  
DEL DERECHO PENAL

*HANNAH ARENDT'S WILL ON THE BANALITY OF EVIL:  
CAN JUDGES AND PROSECUTORS DISTINGUISH WRONG  
FROM CRIME? ORIENTATIONS AND PERSPECTIVES OF  
THE PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW*



# LA VOLUNTAD DE HANNAH ARENDT EN LA BANALIDAD DEL MAL: ¿PUEDEN LOS JUECES Y FISCALES DISTINGUIR LA MALDAD EN EL DELITO? ORIENTACIONES Y PERSPECTIVAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL<sup>1</sup>

*HANNAH ARENDT'S WILL ON THE BANALITY OF EVIL: CAN JUDGES AND PROSECUTORS DISTINGUISH WRONG FROM CRIME? ORIENTATIONS AND PERSPECTIVES OF THE PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW*

*Miguel Angel Villalobos Caballero<sup>2</sup>*

## RESUMEN

En el presente ensayo se estudia a Hannah Arendt (1906-1975), alemana de origen judío, en su condición de filósofa, y a su vez por su contribución al Derecho Penal -tal vez de manera inconsciente pero valiosa-, así, advertiremos en su pensamiento y básicamente en su obra Eichmann en Jerusalén “Un estudio sobre la banalidad del mal” las orientaciones y perspectivas que se advierten en la observación, perspectiva desde la óptica de la filósofa, en un juicio penal celebrado en Jerusalén el año 1961 contra uno de los seres humanos más criminal en la segunda guerra mundial. Así, a manera de reflexión filosófica y dentro del área de la filosofía del Derecho Penal nos preguntamos ¿Si una persona humana es o puede ser tan malvada en una sociedad que alejándose del Derecho puede actuar con inequidad?, ¿Qué dice el Derecho Positivo?, y ¿Cómo cuidan hoy los jueces y fiscales contemporáneos, que esa perversidad independientemente de la ley no se pueda a volver a conspirar y a realizar contra el Bienestar Común de la humanidad?

**Palabras claves:** Filosofía; Derecho penal; Filosofía del derecho penal; Perversidad; Moral y delito.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 13/10/2021. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Miguel Angel Villalobos Caballero (Callao – Perú), Profesor de Filosofía del Derecho, Investigador jurídico en áreas de Filosofía del Derecho y de Filosofía del Derecho Penal, Abogado por la Universidad Nacional de Mayor de San Marcos, Máster en Derecho: uno, en Magistratura Contemporánea y otro, en Derecho Penal y Garantías Constitucionales por la Universidad de Jaén España; con estudios de Doctorado en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires – Argentina. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Continental y Docente de la Academia de la Magistratura en temas de Ética, Derecho Penal, Procesal Penal, Argumentación Jurídica, Litigación Oral, asimismo.

## 1 INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar a construir o deconstruir la idea sobre la moral y su implicancia en el Derecho penal, partiré de una experiencia de un político latinoamericano, que al tener noticias que su hijo había sido imputado por cometer delitos graves, entre ellos, el de corrupción, dijo a la Prensa al ser preguntado por ello, que su hijo no ha cometido un delito, sino ha cometido un pecado.<sup>3</sup>

Pero: ¿Es lo mismo delito, que pecado? En efecto no, pero, acaso no hace un padre o una madre lo que sea por el amor a sus hijos, tal vez, el “fingir” que nada sabe, sobre el mal que hacen sus hijos a los demás, en especial cuando comete delitos o tal vez, el “mentir” u otro como opción para evadir o a minorar la mala circunstancia.

Por eso, nos parece interesante recordar la obra de Kant (1724-1804), a propósito de su reflexión sobre el mentir para salir de los apuros, y formularnos una interrogante: ¿Qué sería pues más importante: el deber de decir la verdad siempre o la necesidad<sup>4</sup> de mentir para ocultar o salir del apuro? Como contradicción tendríamos que decir, que como vemos la vida siempre nos trae “dilemas”, de todos los tipos: sociales, económicos, políticos, personales, morales, etc., desde los más sencillos a los más difíciles, y como no, la llegada a las “aporías”, también en el mundo jurídico, repleto de ese universo de magistrados con sus propios dilemas de hacer esto o aquello, para satisfacer la

---

3 Curiosamente en sociedades medievales, donde surge la Santa Inquisición y en sociedades contemporáneas con sesgos de aquellas épocas, al ser humano no se le a alfabetizado en los derechos en serio para entender a cabalidad el concepto de dignidad o la importancia de ser persona en un mundo sin prejuicios, tanto así, que hasta los delitos prescriben y los pecados u errores nunca.

4 En una conferencia que participe hace muchísimos años, un profesor de filosofía del derecho, hizo una pregunta interesante, ¿puede justificar la necesidad la comisión de los delitos? En ese entonces, muchos de los presentes con los gestos de sus rostros, como que afirmaban; sin embargo, no es tan sencillo dar la respuesta con un sí o con un no. Dicho profesor anotó finalmente, que no se puede dejar de cumplir con el Derecho por cumplir con el mundo de la “necesidad”; así, cuando uno recurre al estudio de las corrientes del pensamiento jurídico, encontramos corrientes, como el iusnaturalismo, el historicismo, y el positivismo, en ellas, tenemos, que corrientes como del iusnaturalismo, que encuentra sentido en los principios del Derecho concebidos por la razón y fundados sobre la naturaleza del hombre, hace referencia a reflexiones de Santo Tomás de Aquino (1225-1274) señalando tres grandes principios primarios en el hombre, en primer lugar: lo que es común a todos los hombres el bien de su conservación; en segundo lugar: que permanece ello, lo que la naturaleza le ha enseñado a todos los seres humanos, la comunicación sexual y la educación de la prole y, en tercer lugar: corresponder a la naturaleza racional, es decir, a conocer verdades divinas y a vivir en sociedad; entonces, no se justifica actuar por necesidad, en todo caso, habría que privilegiar la verdad, las razones por el Bienestar Común, es decir, siempre presente, el carácter estimativo de la vida humana.

Por ello, lo mismo sucede con el comportamiento humano entre una decisión y un resultado, bueno o malo, legal o ilegal, hay un reproche social, y muchas veces jurídico, entre ellos, la sanción penal, es que, sí el derecho y la moral no regulariza conductas humanas, como apuntar hacia lo mejor como aspiración de nosotros, en ese sentido, es labor de fiscales y jueces, los primeros plantear una buena imputación para no afectar derechos fundamentillos y, los segundos aplicar la ley con una buena interpretación y argumentación jurídica para no desbaratar ni la seguridad jurídica, ni la justicia; aún, pensamos, que en caso de lesa humanidad o delitos contra la humanidad están resurgiendo situaciones políticas y/o ideológicas que están o podrían afectar los derechos fundamentales, las garantías constitucionales, en ese sentido, no basta que el magistrado de hoy detecte y castigue lo ilícito de los delitos, sino, que está atento y vigilante ante todo comportamiento humano que lleve u oculte “maldad” o “iniquidad en ellos”, bajo el pretexto de que alguien diga: “yo solo puedo hacerlo y solucionarlo todo, y la ley positiva me lo permite”, esos ejemplos, absurdos y peligrosos, los vemos en tiempos de la segunda guerra mundial, de ahí, la lucha de Hannah Arendt contra los totalitarismos y otros.

“verdad” o “sus propias necesidades”<sup>5</sup> -apetitos u intereses-, o también su lucha por el Derecho o su dejadez por él.

Aquí un ejemplo de Kant:

Sea, por ejemplo, la pregunta siguiente: ¿Me es lícito, cuando me hallo apurado, hacer una promesa con el propósito de no cumplirla? Fácilmente hago aquí la diferencia que puede comportar la significación de la pregunta: de si es prudente o de si es conforme al deber, hacer una falsa promesa. Lo primero puede suceder, sin duda, muchas veces. Ciertamente, veo muy bien que no es bastante el librarme, por medio de ese recurso, de una perplejidad presente, sino que hay que considerar detenidamente si no podrá ocasionarme luego esa mentira muchos más graves contratiempos que estos que ahora consigo eludir; y como las consecuencias, a pesar de cuanta astucia me precie tener, no son tan fácilmente previsibles que no pueda suceder que la pérdida de la confianza en mí sea mucho más desventajosa para mí que el daño que pretendo ahora evitar, habré de considerar si no sería más sagaz conducirme en este punto, según una máxima universal y adquirir la costumbre de no prometer nada sino con el propósito de cumplirlo.<sup>6</sup>

Ahora, con esa lectura tan ética, uno podría pensar o tal vez entrever, que el pensamiento y comportamiento de Kant no era solo, de un ser racional, sino, de alguien embelesado de las verdades de la vida, tanto así que en el estudio preliminar Gabriel Albiac se menciona que:

[...] el dilema estaba ya, transparente, en el maestro que en Königsberg concibe su proyecto especulativo bajo la irrefragable fascinación del doble orden y finalidad del universo, físico y moral, que abre, en 1788, el capítulo conclusivo de la Crítica de la razón práctica: “Dos cosas llenan el ánimo de admiración y respeto, siem-

---

5 Interesante es apreciar a juristas como Daniel González que básicamente señalan que en la toma de decisiones -explicación psicológica en términos de razones y explicación causal en términos neurológicos- el razonamiento jurídico no puede separarse completamente del razonamiento moral, idea que compartimos, por lo que a la pregunta ¿Qué tanto aportan los valores morales al Derecho? Señalamos, lo suficiente, en realidad ellos están en relación y consideración constante de los valores jurídicos, o ¿es que acaso el Derecho no es también una inclinación hacia el bien común? Pensamos que sí, por lo que si las emociones influyen para resolver los problemas que se le presentan a los magistrados -jueces y fiscales - estos deben ser controlados en busca de objetividad en la decisión tomada, así se señala que: “Resolver cada uno de estos problemas, por su parte, requiere nuevas decisiones, que no están completamente determinadas por los materiales jurídicos y, por ello, están en gran medida abiertas a juicios de valor y principios morales.” González Lagier, Daniel, 2020 “Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales”, Lima, Perú, Palestra, p. 64.

6 Kant, Immanuel y Constant, Benjamin 2012 “¿Hay derecho a mentir?”, España, Tecnos, pp. 5-6.

pre nuevos y crecientes, cuanto con más frecuencia y aplicación se ocupa de ellas: el cielo estrellado sobre mí y la moral en mí”. No es siquiera cuestionable esa armonía -que Spinoza supiera una superposición, tan solo, imaginaria del deseo, sin soporte real de ningún tipo-. “Ambas cosas” -sigue Kant-, armonía natural y moral certeza, “no he de buscarlas y como conjeturarlas, cual, si estuvieran envueltas en oscuridades, en lo trascendente fuera de mi horizonte; ante mí las veo y las enlazo inmediatamente en la consciencia de mi existencia”. El proyecto es grandioso: la buena voluntad se erige en garantía, pues que “ni en el mundo, ni, en general, fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser la buena voluntad.<sup>7</sup>

Por esta razón, realzó racional y filosóficamente a la luz no solo el tema de la verdad, o de la mentira, o de la relación de ambas antes las necesidades urgentes de la vida, sino, al mismo “tema o dilema moral”, que, convertido en dilema o dilemas -desde las variadas orientaciones, perspectivas o intereses que se tenga-, a muchos ha traicionado o descarriado de la idea del bien, como sucedió en la Alemania Nazi donde se priorizo las ideas del positivismo antes que ponderar y valora los principios preservadores de la persona humana y la defensa de su dignidad.

Por ello, se podría decir, que la verdad o la voluntad de decir la verdad de los ciudadanos y también de las autoridades es la regla, y que curiosamente, la “necesidad” de mentir, es la excepción; pero lo último, podría ser en una inclinación urgente de protección de bienes mayores, como la vida, la salud, la integridad y otros, en la que no existiese mayor alternativa, sin embargo, el “mentir” no es un deporte, ni una adicción, tampoco puede ser considerado un relajamiento social, o algún tipo de moda o desequilibrio emocional sin solución; por ello, si en una situación tan alarmante como una guerra mundial, o un juzgamiento en procesos penales de alta significación jurídica, que conlleven mediante sanción a la pérdida de la vida humana o la cadena perpetua, alguien, por salir del apuro, quiere mentir, no significa que el acusador y el juzgador solo se limiten a percibir las cuestiones netamente jurídicas, sino, que a su vez, vean a la conducta moral entremezclada con el delito, como algo a captar, es decir, que sus orientaciones y perspectivas en cuanto al análisis de la voluntad, tienen “el deber” por un lado, de analizar el fondo, la intencionalidad con que se obra -lo jurídico-, que tanto importa al Derecho Penal -conductas humanas-, y por otro lado, aún más allá de ello, la iniquidad, la maldad, la perversidad o la crueldad con que se actúa y que no puede

---

<sup>7</sup> Kant, Immanuel, *op. cit.*, pp. XLVI- XLVII.

pasarse por alto, pues, no sería adecuado solo fijarse en lo ilícito, ya que sería algo rutinario y sin esencia; pensamos, que el magistrado debe analizar y ver todo el panorama del comportamiento humano -aunado a sus saberes sociales antropológicos, históricos y filosóficos-, pues, el ser humano, individuo ahora, “persona humana” no está fragmentado en dos, cuando comete un delito, sino, es una unidad de comportamiento, por lo que el magistrado no solo busca la sanción – o en su caso, la absolución- sino también “la explicación” a aquellas interrogantes como: ¿Qué paso?, ¿Por qué lo hizo?. ¿Qué lo motivo?, entre otras indispensables preguntas sobre el “acto moral” y el “acto ilegal”; por cuanto, la humanidad -y, como no sus magistrados de justicia- deben estar atentos a los seres humanos y sus malas obras, desde luego, no esperar, el resultado de su actuar, llamada la atención por un atentado, por una explosión, una guerra o alguna desgarradora locura, eso sería muy tarde para ellos -los transgresores- y lo peor, para los inocentes; por eso, ese hábito judicial o gubernamental de “perdonar sin sentido”, o de “facilitar la impunidad”, o la de no castigar o la de exculpar a secas, al menos, desde el punto de vista de la orientación y perspectiva de la filosofía del derecho penal no equivale a ser un buen humano o un buen gobierno sino a omitir a defender lo humano; porque el “castigo” no siempre es solo la consecuencia del mal acto, sino, también, una manera de hacer entrar en razón, reflexión o en conciencia al transgresor, de aquello que no se debe volver a repetir, pregunto: -¿Qué sería de la justicia que solo por justificar las conductas humanas a través de fines de seguridad jurídica evade alcanzar los principios de justicia?-, además, se debe tener presente que, a veces, el “acto moral” puede ser peor y hasta más reprochable que el “acto ilícito”, cuando afecta en voluntad -terriblemente- a los derechos fundamentales de las personas y como no de las sociedades en general, allí, están las secuelas de las guerras mundiales y sus efectos indeseables.

Por ende, en estos temas de “actos morales” y “actos ilícitos” sancionados por el magistrado, no solo compete verificar a los últimos, sino, a su vez, también a los primeros, tal vez, sí los magistrados no solo los fiscales, sino también los judiciales, analizarían estas circunstancias -que no son metafísicas, porque afectan a los “otros” y hay un resultado-, sus dictámenes y resoluciones servirían a manera de “prevención” a la comisión de delitos futuros, ellos -los magistrados- podrían auxiliar a otras disciplinas metajurídicas, para nutrir y mejorar aquella percepción o conocimiento, de aquello que se conoce, como “el comportamiento humano indeseable”, claro, que la crítica podría ser ¿Qué le importa al Derecho de lo que suceda en lo moral?, pero la respuesta estaría tal vez en otra pregunta ¿si no nos preocupamos ahora por prevenir los actos morales indeseables, hasta cuándo habrá fatales consecuencias a la humanidad producto de los malos actos morales y de nuestras omisiones como Sociedad y Estado?.

Por ello, también es importante analizar el comportamiento de los magistrados, como

los jueces y fiscales de la sociedad actual, al menos en Europa, América e Iberoamérica de su interés para la protección al humano y a la humanidad en sí -el rol es más grande de lo pensado y el reto aún mayor-, frente al ataque de los transgresores -una especie de realismo jurídico europeo-americano-, y no solo su atención limitadamente legal del asunto criminal, de los criminales y de sus terribles actos -la filosofía del derecho penal exige explicaciones, razones y no solo justificaciones- por eso, cuando alguien se pregunta como lo hizo Jorge F. Malem Seña: ¿Pueden las malas personas ser buenos Jueces?, no está dirigido solo a su carácter irascible de los magistrados -en el campo de fútbol-, o a su vida sexual no estrictamente ortodoxa, o a su vida homosexual o adulta u otros sino, -en una de sus reflexiones- al guardar una compostura moralmente no reñida con la valoraciones sociales, es que los jueces no solo deben ser independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que también así deben parecerlo a los ojos del público. Según esta tesis, pareciera que la confianza de la opinión pública en la justicia descansara también en la compostura de los jueces y, por ese motivo, se les exige una carga mayor en su comportamiento privado que no sería exigible a un ciudadano común. Por esa razón, los jueces no únicamente deberían evitar un comportamiento impropio, sin que deberían evitar al mismo tiempo toda apariencia de incorrección; esto es, toda apariencia de que realizan o se ven comprometidos en comportamientos o situaciones sociales impropias.<sup>8</sup>

## 2 DESARROLLO

Ahora, independientemente de las valoraciones sociales que se haga sobre el comportamiento de los magistrados, lo valioso es considerar aquí, que no es ético, ni moral en un sistema judicial democrático de Estado Constitucional de Derecho, que el magistrado sea éste fiscal o juez, no necesite u omita fundar sus decisiones, toda vez, que la ciudadanía y su entorno jurídico debe saber las razones porque piensa como piensa y como llega a pensar así, en la toma de la opinión fiscal o de la decisión judicial, más aún, cuando se afecta derechos fundamentales y constitucionales de la persona humana, resguardadas en el bien jurídico “libertad”, “dignidad”, “persona” o el bien jurídico “humanidad”, que no soporta la idea de la no fundamentación y menos de la inclinación orientación o perspectiva que se tenga hacia los “motivos de impunidad”, hay que ser o tratar de ser circunspectos y cautelosos en la procura de las razones<sup>9</sup>, tal

---

<sup>8</sup> Malem Seña, Jorge. 2001 “¿Pueden las malas personas sr buenos jueces?”, Alicante, Doxa, Cuadernos de Filosofía, N°24, p. 389.

<sup>9</sup> Sobre “las razones” señalamos de la importancia de ellas en el Derecho, en el derecho penal y como no en situaciones relativas a la Filosofía del Derecho, tanto así, que ante la pregunta: *¿Qué es la filosofía del Derecho?* Pensamos que, **es encontrar las razones de lo justo en múltiples intentos**, en “múltiples intentos” porque la teoría y la filosofía del derecho

vez, acudiendo no a un “naturalismo” o “positivismo” a secas, sino, a una especie de “no positivismo”, que distinga entre “la moral” y “el derecho”, pero, a su vez descubra y entienda sus particularidades a luz de este siglo; o los venideros y sus circunstancias en “estudios multidisciplinarios”, para entender no solo “el delito y sus consecuencias”, sino, también la “trasgresión moral” -origen e impulsos- -en el hacer y en el omitir- en sí, entre ellas, la brutalidad o la insensibilidad con que se obra, para ello, hay que pasar del esquema paradigmático de “no fundamentar” a uno racional paradigmático de “si fundamentar” filosófica y moralmente, es decir, pasar de un lugar paradigmático aislado de “formalidades” a un lugar paradigmático integrador de “garantías”, como es, el deber de fundamentar con interpretación y argumentación adecuada, por eso, el magistrado contemporáneo

debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez.<sup>10</sup>

Por consiguiente, en virtud de esas “razones” en mi condición de Fiscal de Derechos Humanos en el Perú, allá, por el año 2003-2005, atendiendo a razones constitucionales y principistas, considere, que debe existir protección a futuro de nuevos derechos, uno de ellos, se infiere, “el derecho a verdad” –que se infiere del Art. 3 de la Constitución Política del Perú del 1993, en la que también, debería existir en la construcción de los contenidos de las constituciones hispanoamericanas: “**el derecho a una buena administración pública**”- y “**el derecho a una buena administración de justicia**”, es decir, en este último derecho, no solo está en encontrar la verdad únicamente, sino, en encontrar las razones para condenar, a su vez, también encontrar las motivaciones, entre ellas, cuando se perjudica la integridad de las personas y de las sociedades a través de los delitos contra la humanidad; el mundo necesita saber no solo el mal que se le hizo

---

nos ha mostrado las diversas escuelas o corrientes del pensamiento jurídico para responder sobre ¿Qué es la justicia? o ¿Qué es lo justo?, entre otras inquietudes más, ahora, ¿Por qué encontrar razones? Porque la humanidad nunca se mostró abierta para explicar sinceramente lo que pasaba al hombre y a la humanidad misma, de ahí, que de las cuatro etapas de la historia del pensamiento: edad antigua, edad medieval, edad moderna y edad contemporánea, las dos últimas han sido las más sensatas; la edad antigua explicaba a través de mitos, la edad medieval con una sola respuesta de la fe proveniente del pensamiento cristiano, pero, nos fue mejor con la llegada de la edad moderna y su hallazgo consensuado de la razón, asimismo, la llegada de la edad contemporánea que al sospechar de esa razón encuentra la explicación a los problemas que se le presenta a través de la interpretación y argumentación como se hace el derecho actual.

<sup>10</sup> Malem Seña, Jorge; *op. cit.*, p.403.

en algún momento y “sancionar legalmente”, sino, también necesita saber “prevenir” todo mal; para ello, necesita saber la “ruta del mundo -sus aspiraciones, tentaciones y apetitos- para revelar la “verdad”, tener si es posible la certeza sobre la verdad y no quedarse con “la apariencia de la verdad”, entre ellas, el porqué de algún tipo de maldad -que aparezca o difunda- en la comisión de algunos delitos, en especial de delitos contra la humanidad; encontrar una debida explicación, como lo haría Hannah Arendt, al hacer una diferencia entre mal radical y mal banal.

Por ello, también se podría saber de las motivaciones, orientaciones y perspectivas de la “voluntad de Hannah Arendt”, cuando, se decidió aceptar a escribir y describir el proceso penal contra Eichmann en Jerusalén, en la que ella no es ajena, a motivaciones internas y externas, así, **¿Por qué separar el mal en dos: radical y banal para entender el fenómeno Nazi?**, tal vez, **¿Por qué ella admiraba y amaba a su profesor Martín Heidegger, a pesar de que éste valoraba más a Hitler?**, o ¿tal vez, ella al encontrar el “mal banal” en Eichmann, quiso dar entender o justificar otras conductas, entre ellas, la de su amante profesor?; no lo sabemos; pero, ¿Por qué tanto filósofo rodeó a Hitler, por temor, codicia, poder, conveniencia o simple miedo a males mayores hacia ellos?, ¿Es preferible la renuncia a la dignidad humana a perder la vida?, ¿Qué tanto puede la “conveniencia” en la vida humana a inclinarse a la lucha por los derechos fundamentales y principios?, así, interesante para su reflexión resulta la siguiente cita:

El predecesor de Heidegger había renunciado a su cargo de rector para no tener que cumplir una tarea profundamente ingrata que le había asignada. Heidegger, presto a demostrar su entereza, asumió semejante tarea. Una de las primeras medidas de Hitler fue la de retirar de las universidades y la vida pública a todos los funcionarios que no fuesen de condición aria. Heidegger ejecutó ese “Decreto de Baden” y todos los catedráticos y miembros superiores de la universidad que no poseyeran la condición de arios fueron suspendidos, incluyendo al que era entonces el filósofo más famoso de Alemania, Edmund Husserl, quien, como antes quedó señalado, había sido el fiel consejero y responsable de la mayor parte de las oportunidades académicas de Heidegger. Husserl recibió una carta en abril de 1933 notificándole el forzoso “permiso de ausencia” de su actual condición de emérito. Heidegger tenía en su mano el poder de evitar esta medida, pero no hizo nada al respecto. (El decreto fue más lejos, haciendo también extensiva la suspensión al hijo de Husserl, Gerhart, de la Universidad de Kiel).

Desde el despido de rector, con sus altas ventanas enmarcadas con

paneles de madera tallada, Heidegger se puso a escribir una serie de cartas condenatorias de varios colegas para la policía nazi. Una de ellas instigaba a la investigación de uno de los farmacéuticos más distinguidos del mundo, el profesor Friedberg Hermann Staudinger, que obtendría después un premio Nobel. Su pecado era tener tendencias “pacifistas”. Heidegger ideó también la falsa acusación de que el químico podría ser un espía e informo a la Gestapo con esta recomendación: “Porque Staudinger es poco entusiasta en lo que respecta a la recuperación nacional. Mejor que ofrecerle la jubilación debemos pensar en el despido. Heil Hitler. Heidegger”. Heidegger fue solamente el causante de que el aterrorizado científico se viese encuestado, interrogado y acosado. Solicito incluso una reunión con un funcionario nazi superior, y, casualmente, Staudinger fue forzado a marcharse. El rector Heidegger trató también de destruir las carreras de otros colegas de quienes creyó que no eran leales a la causa nazi.”<sup>11</sup>

De la misma manera otro seducido o de conveniente adecuación a las ideas nazis, fue **Carl Schmitt**, se menciona que:

El Estado tiene “el derecho de exigir a sus miembros que estén dispuestos a morir y a matar enemigos sin vacilar”. Schmitt escribió estas enfáticas palabras en 1914 a la edad de veintisiete años, cuando estalló la Primera Guerra Mundial, y sus colegas marcharon juntos al combate, se unieron para pelear. El espíritu nacionalista de Schmitt lo animó a aconsejarles a los demás que se sacrificaran. Mientras tanto, él mismo postergó todo cuanto pudo el alistarse al ejército para promover su carrera.<sup>12</sup>

Por ello, se menciona que: “Silenciosamente observó Schmitt cómo acumulaba el poder y purgaban las universidades alemanas. Vio como los críticos del nazismo sufrían el tormento del boicot, la coerción y la perturbación, y fue testigo de cómo numerosos profesores, entre ellos, la legión de filósofos capitaneados por Bäumler y Krieck, reclamaban respaldo público para el nacionalsocialismo. A reforzar esta tendencia iba dirigido el apoyo de Martín Heidegger a los nazis, quien escribió a Schmitt el 22 de abril de 1933, instándole a hacerse socio del partido.

---

11 Sherratt, Yvonne. 2015 “Los Filósofos de Hitler”, Madrid, España, ediciones cátedra, segunda edición, pp. 157-158.

12 Sherratt, Yvonne, *op. cit.*, p. 130.

Entonces, de forma inesperada, el humor de Schmitt cambio drásticamente. El día 1 de mayo de 1933 se puso en cola para afiliarse al Partido Nacionalsocialista (...) Poco después de aquello, sucedió la noche del 10 de mayo, en la que estudiantes nazis quemaron libros de escritores judíos en las universidades alemanas. Cuando las llamas consumieron el papel, Schmitt los animó y escribió un artículo para un periódico nacionalsocialista de la región, alegrándose de que el “espíritu no-alemán” y “la miseria antialemana” de una edad decadente hubieran ardido e instando el gobierno a anular la ciudadanía de los exiliados alemanes (cuyos libros fueron quemados) porque ayudaron al “enemigo”. Escribir en alemán no hace alemanes a los escritores judíos más de lo que el falso dinero alemán hace alemán al falsificador”, declaró. (...) Con el respaldo a la quema de los libros, este distinguido catedrático se marcó un importante tanto en su aspiración de conseguir el respeto de Hitler.

Un pacto fáustico, con los nazis parece haber tenido lugar. Pero ¿Cuál fue el motivo? ¿El miedo? A cambio de protección, Schmitt ofrecería su total lealtad. Proclamó rápidamente que el Estado del partido único fuera el Estado del siglo XX y un paso para conseguir la unión los de los alemanes. (...) Ciertamente hizo todo lo que pudo para diseñar un ideal de sistema jurídico que suministraba los fundamentos para un régimen totalmente autoritario. (...) La carrera de Schmitt continuó su expansión y él se convirtió en el principal consejero legal de Hitler. Su pericia como filósofo del derecho le permitió expresar de manera legal las medidas dictatoriales adicionales, y su filosofía nazi incluía la eliminación del término “hombre” en el código civil alemán. Schmitt explicó que “por primera vez nuestra concepción de principios constitucionales vuelve a ser alemana, la sangre alemana y el honor alemán se han convertido en los principios básicos de la ley alemana, mientras que el Estado se ha tornado en una expresión de la fuerza y la unidad de la raza. (...) Algunos emigrados, consternados por la colaboración de Schmitt, sugirieron a los nazis que este pudiera no ser verdaderamente uno de los suyos, sino un simple arribista y oportunista. (...) En respuesta, Schmitt profundizó en su consonancia con Hitler. En conferencias y escritos proclamó: “el Führer no es un agente de la nación, sino su juez y legislador supremo.”<sup>13</sup>

En este entramado de situaciones y percepciones tanto de la filósofa Hannah Arendt acerca de su voluntad por escribir como lo hizo sobre una situación de la guerra mundial y la crueldad humana, en la que actuaron uno de sus altos oficiales, Eichmann; la perspectiva y orientaciones de su juzgadores en el momento; la involucración por miedo o conveniencia – u otro motivo desconocido- en el problema nazi de profesores de filosofía del derecho en aquellos luctuosos asuntos, entre otras circunstancias, nos

---

13 Sheratt, Yvonne, *op. cit.*, p.p. 134-139.

permite tener una idea, **de porque es importante mirar el Derecho Penal desde una óptica filosófica**, así, entender no solo soluciones al caso penal, sino, motivaciones del mal comportamiento humano, en especial, en el extremo que se transgrede libertades y vidas humanas, como, los delitos contra la humanidad, así nos preguntamos: ¿se puede sacar algún tipo de experiencia legal, humana o moral de todo ello?

Pensamos que sí. La vida no puede ser como un “eterno retorno”, que todo pasó, pasa y volverá a suceder, el mundo tiene la tarea urgente, entre ellas, la tarea o rol de los magistrados -jueces y fiscales- de distinguir la maldad en el delito y que el mundo lo sepa, para prevenirlo -con las otras ciencias y disciplinas- a futuro, la vida legal no solo es un asunto de procesos legales, tramites y demás prescripciones, debe tener algo más, un plus, como lo señalé, tal vez desde una posición no “positivista del derecho” que encuentra en “principios” mayor valía, que en la mera “aplicación de la ley”; que encuentra en la “prevención” más valor que en la simple “solución del caso”, esa gran aporía humana: ¿de cómo salvar al humano del propio humano en una sociedad civilizada y altamente democrática y social en un Estado Constitucional de Derecho? debe interesar jurídica y filosóficamente.

## **2.1 Hechos a tener en cuenta, en síntesis**

Conforme a la lectura de la obra de Hannah Arendt “Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal”, se extrae estas citas para su análisis respetivo:

“(...) audiencia pública (...) A un nivel inmediato inferior al del tribunal se encuentran los traductores, cuyos servicios se emplearán para permitir la directa comunicación entre el acusado, o su defensor, y el tribunal. Además, el acusado y su defensor, que hablan el alemán, al igual que casi todos los presentes, seguirán las incidencias del juicio en lengua hebrea a través de la traducción simultánea por radio, que es excelente en francés aceptable en inglés, y desastrosa, a veces incomprensible, en alemán. (Si tenemos en cuenta que el juicio ha sido organizado, y sus procedimientos regulados, con especial atención encaminada a evitar todo género de parcialidad, es preciso reconocer que constituye uno de los misterios de menor importancia el que la administración de justicia del nuevo Estado de Israel, en el que un alto porcentaje de su población nació en Alemania, no pudiera hallar un traductor competente que tradujera las declaraciones y los informes al único idioma que el acusado y su defensor podían comprender. Además, es preciso también hacer

constar que el viejo prejuicio contra los judíos alemanes, que en otros tiempos era muy fuerte en el Estado de Israel, ahora carece ya de la fuerza suficiente para explicar aquel hecho. La única explicación que nos queda es la existencia de la todavía más antigua, y aún poderosa, “Vitamina P”, como los israelitas suelen denominar a la protección burocrática de que la administración se rodea.) A un nivel inferior a los traductores, frente a frente, y, por tanto, de perfil con respecto al público, vemos, a un lado, el acusado en la cabina de cristal, y, al otro, el estrado en que los testigos declararán. Finalmente, en el último nivel, de espaldas al público, están el fiscal, con sus cuatro ayudantes, y el defensor, quien se sirvió de un ayudante durante las primeras semanas del juicio”<sup>14</sup>

En primer término, no cabe aquí indicar las circunstancias del porque se llevó a cabo el proceso penal de tal o cual manera -razones de coyuntura política, jurisdiccional u otra-, es decir, sobre las garantías amplias o estrechas al acusado; las circunstancias de inteligencia gubernativa para hacer ingresar al acusado a Israel trasladándolo desde Argentina, y luego de los juicios de Núremberg (1945-1946), sin embargo, siempre se debe apuntar ampliamente hacia los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos penales en cualquier instante histórico.<sup>15</sup>

---

14 Arendt, Hannah. 2019 “Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal”, Barcelona, España, Lumen, pp. 13-14.

15 Recuerdo que cuando ejercía el cargo de Fiscal, allá, por los años de 2001 hacia adelante, y antes de ser Fiscal Superior Titular el año 2005, en una de las provincias de Junín, Huancayo, Perú, había posiciones distintas de los lugares que ocupaban en la Sala Penal, es decir, de las partes quienes intervenían, así, en el centro del ambiente judicial, un rectángulo, se encontraban los jueces superiores en un lado del fondo; al lado derecho de los jueces, en una posición aproximada a ellos, y a ambos lados del cuadrilátero, se ubicaban los tabladillos -es una plataforma de madera- del fiscal o del representante del Ministerio Público y al lado izquierdo de la posición de los jueces, en otro tabladillo -mirándose directamente fiscales y abogados defensores-, se encontraban los abogados defensores; ahora, en el centro del cuadrilátero judicial, mirando a los jueces de la sala penal y teniendo a la vista casi equilibrada de jueces, fiscales y abogados se encontraban en el centro superior del espacio, los acusados, y tras de ellos, el público concurrente; con dos puertas de ingreso y salida, una por el lado de los magistrados -en la parte delantera- y otra, por el lado del público, -atrás de ellos- y al otro extremo de los jueces; los testigos se encontraban a la espera de ser llamados fuera de la sala penal, y conforme los iban llamando para su declaración; una curiosidad de aquel entonces, era ver la ubicación del fiscal, su tabladillo donde estaba su asiento era casi señorial, una especie de palco, es decir, unos metros más altos de la posición de los demás tabladillos o asientos donde se encontraban los concurrentes, como si su presencia, en ese entonces, fuese no de proporcionalidad a los demás, sino, de algo de superioridad, supongo, moral -el rol del fiscal del aquellos tiempos-. Ya pasado el tiempo y en estos momentos más actuales, de reformas y consideraciones a las personas involucradas en los procesos penales -un proceso oral y penal de garantías-, todo juicio oral debe ser llevado con los principios de oralidad, intermediación, concentración, contradicción y publicidad, entre otros más, en la que motivos de pandemia (2020 y hasta que termine) la utilización de los servicios tecnológicos virtuales, deben ser, altamente especializados y útiles para no quebrar ninguno de aquellos principios mencionados; al respecto, resulta ilustrativo que se mencione que: “A pesar de todas las diferencias existentes en todo el mundo respecto de las tareas de un fiscal, un fiscal ha de respetar y garantizar los derechos del individuo. El fiscal juega un papel clave no sólo en la aplicación de las leyes, sino más importante aún, en brindar pleno efecto a los derechos, incluyendo, por supuesto, los derechos humanos. Cualquiera que sea su tarea específica en el sistema nacional de justicia penal, sin duda involucra la noción de los “Derechos Humanos en servicio. (...) Los fiscales deben desempeñar un papel fundamental como guardianes de los derechos humanos a nivel práctico, en sus Estados. (...) El fiscal, al ser una autoridad pública, tiene que establecer el ejemplo para la sociedad en la protección de los derechos humanos.

En segundo término, el análisis se efectúa sobre el comportamiento humano reprochable y desagradable de los delitos considerados de lesa humanidad o delitos contra la humanidad, vistos en el juicio penal a Eichmann, también sobre la maldad radical o banal visto en él, situación de que los magistrados no deben dejar de evaluar por fines de prevención para que estos sucesos no se repitan en la historia. Por ende, centrarnos en la siguiente lectura para el análisis, cuando se menciona que:

Evidentemente, esta sala de justicia es muy idónea para la celebración del juicio que David Ben Gurión, el primer ministro de Israel, planeó cuando dio la orden de que Eichmann fuera raptado en Argentina y trasladado a Jerusalén para ser juzgado por su intervención en “la Solución Final del problema judío. Y Ben Gurión, al que con justicia se llama “el arquitecto del Estado de Israel”, fue el invisible director de escena en el juicio de Eichmann. No asistió a sesión alguna, pero en todo momento habló por boca de Gideón Hausner, el fiscal general, quien, en representación del gobierno, hizo cuanto pudo para obedecer el pie de la letra a su jefe. Y, si, afortunadamente, sus esfuerzos no consiguieron los resultados apetecidos, ello se debió a que la sala estaba presidida por el hombre que servía a la justicia con tanta fidelidad como el fiscal Hausner servía al Estado. La Justicia exigía que el procesado fuera acusado, defendido y juzgado, y que todas las interrogantes ajenas a estos fines, aunque parecieran de mayor trascendencia, fuesen mantenidas al margen del procedimiento. El tribunal no estaba interesado en aclarar cuestiones como: “¿Cómo pudo ocurrir?”, “¿Por qué ocurrió?”, “¿Por qué las víctimas escogidas fueron precisamente los judíos?”, “¿Por qué los victimarios fueron precisamente los alemanes”, “¿Qué papel tuvieron las restantes naciones en esta tragedia?”, “¿Hasta qué punto fueron también responsables los aliados?”, “¿Cómo es posible que los judíos cooperaran, a través de sus dirigentes, a su propia destrucción?”, “¿Por qué los judíos fueron al matadero como obedientes corderos?”. La Justicia dio importancia únicamente a aquel hombre que se encontraba en la cabina de cristal especialmente construida para protegerle, a aquel hombre de estatura media, delgado, de mediana edad, algo calvo, con dientes irregulares, y corto de vista,

---

Esto es importante no sólo para la propia profesión, sino también por la confiabilidad y credibilidad del gobierno en su conjunto. Por lo tanto, el comportamiento del fiscal del Ministerio Público tiene que estar en conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.” Asociación Internacional de Fiscales, (2009), “Manual de Derechos Humanos para Fiscales, Países Bajos, WLP, segunda edición, p. 2.

que a lo largo del juicio mantuvo la cabeza, torcido el cuello seco y nervudo, orientada hacia el tribunal (ni una sola vez dirigió la vista al público), y se esforzó tenazmente en conservar el dominio de sí mismo, lo cual consiguió casi siempre, pese a que su impasibilidad quedaba alterada por un tic nervioso de los labios, adquirido posiblemente mucho antes de que se iniciará el juicio. El objeto del juicio fue la actuación de Eichmann, no los sufrimientos de los judíos, no el pueblo alemán, ni tampoco el género humano, ni siquiera el antisemitismo o el racismo.<sup>16</sup>

Por ello, la descripción que hace Hannah Arendt del lugar de juzgamiento, de las partes, de la apariencia del acusado y otros detalles que refiere en su obra, sirve para saber – aunque sea subjetivamente, su visión y perspectiva- de lo que estaba sucediendo en el proceso penal, y también nos sirve para delimitar, de que trata el proceso penal netamente jurídico del trasfondo -otras razones- de la crueldad o maldad con que se actuaba en esas épocas, preocupación de Hannah Arendt.

Por ello, todo proceso penal o juicio oral debe estar rodeado derechos, principios y garantías constitucionales, además de aquellas protecciones que otorgue el derecho internacional: debe estar ajeno a todo acto de violencia, venganza o intolerancia, tampoco debe existir “arbitrariedad” o “ausencia del derecho”; pensamos, es el deber de los magistrados sean fiscales o jueces actuar en ese sentido, e incluso el principio de publicidad no ha de servir para la diversión y exaltar las bajas pasiones que se pretendan orientar por los medios de comunicación.<sup>17</sup>; por eso, también es necesario fortalecer las

---

16 Arendt, Hannah; *op. cit.*, pp. 13-15.

17 En un curso de Derecho en la Universidad La Sapienza en Roma, tuve la oportunidad de visitar y conocer el Coliseo Romano, y una cosa es verlo a través de documentales, y otra muy diferente verlo personalmente, para nosotros un escenario de inhumanidad, donde los gobernantes daban lugar a la continuidad de las víctimas con sus vidas o a su fin de las misma, según los juegos peligrosos, que allí se realizaban; algo así, no puede ser un proceso penal, debe tener un estándar de garantías jurídicas y culturales, donde las partes deben proceder con seriedad, sobriedad y encontrar la verdad, no histórica porque es difícil -como los casos de la CVR- pero sí, al menos aquellas verdades que nos permite extraer de la evidencia. Así, hay un dicho popular muy conocido: “Del árbol caído todos hacen leña” para dar a entender que cuando una persona de cierta importancia, prestigio o reputación cae en desgracia, las personas que lo rodean y que de alguna forma no lo aprecian, tratan de sacar provecho de la situación, sin embargo, el proceso penal, ni ninguna actividad humana debe estar dirigida con tal fin, por cuanto los fines del derecho penal son diferentes, a la humillación, al espectáculo de la tragedia, o al apartamiento de la razón, debe estar lejano de toda arbitrariedad y, tal vez para ello, no basta la historias de lo que pudo haber ocurrido, hay que darle valor a la prueba como lo haría Taruffo (1943-2020), que al escribir sobre él, mencione de: “la importancia de la “verdad” como deber de los magistrados en la construcción de los hechos; cabe decir, que los hechos no son como uno quiere- aunque sarna con gusto no pica- no se acomodan, sino que son como son, como diría Taruffo son “simplemente la verdad”. No se dirigen a un interés concreto u abstracto, a una vanidad de mariposas, ni a un descorché de cólera, sino, a un acto fenomenológico real, es decir, que ocurrió y hay que reconstruirlo con la evidencia; también hay que saber que las personas correctas siempre se dirigen “hacia la decisión justa”, otro libro de Taruffo, por lo que se sugiere que en Política, Derecho, Sociedad y Economía no se debe buscar “buenas narraciones” que aparten de la realidad sino de “narraciones verdaderas”, porque las primeras, parten de una realidad oscura y y ambigua; mientras que las segundas, que es el deseo de Taruffo, van reconstruyendo los hechos de manera objetiva, completa y coherente para contrarrestar la apariencia de la verdad o simplemente la mentira, que calma la desesperación, pero jamás el alma y la conciencia del ser.” Villalobos Caballero, Miguel Angel (2021), Perú, “Un filósofo del Derecho”, Diario el Correo, p. 8.

democracias y el Estado Constitucional de Derecho.<sup>18</sup>

Ahora, entendida la importancia en la actualidad de “un adecuado proceso penal con garantías”, en ella época, con mayor o menor restricciones, opiniones, o sugerencias a lo que iba a pasar o suceder, se siguió el proceso penal contra Eichmann, en la que debe precisarse, que como acusado se declaró “inocente” -como lo hacen también muchos criminales de guerra-, él fue acusado de quince delitos -junto con otras personas-, entre ellos, crímenes contra el pueblo judío, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, durante el período del régimen nazi y en especial en la segunda guerra mundial, por lo que: “La ley (de castigo) de Nazis y Colaboradores Nazis de 1950, de aplicación al caso de Eichmann, establecía que “cualquier persona que haya cometido uno de estos...delitos...puede ser condenado a pena de muerte”<sup>19</sup>

Por eso, el juicio oral era de vital importancia, no solo porque se trataba de un criminal, sino, porque el mundo quería evidenciar que tan malvado era, en esa coyuntura entraría la figura de la filósofa Hannah Arendt, con su apreciación de lo evidenciado en el transcurso del juicio penal. Sin embargo, es imprudente que, pese a la evidencia,

El abogado defensor de Eichmann, el doctor Robert Servatius, de Colonia, cuyos honorarios satisfacía el Estado de Israel (siguiendo el precedente sentado en el juicio de Nuremberg, en el que todos los defensores fueron pagados por el tribunal formado por los estados victoriosos), dio contestación a esta pregunta en el curso de una entrevista periodística: “Eichmann se cree culpable ante Dios no ante la Ley”. Pero el acusado no ratificó esta contestación. Al parecer, el defensor hubiera preferido que su cliente se hubiera declarado inocente, basándose en que según el ordenamiento jurídico nazi ningún delito había cometido, y en que, en realidad, no le acusaban de haber cometido delitos, sino de haber ejecutado “actos de Estado”, con referencia a los cuales ningún otro Estado que no fuera el de su nacionalidad tenía jurisdicción (*par in parem imperium non habet*),

---

18 Al respecto se tiene que al fortalecer el “voto ciudadano” en América Latina, se debe estar continuamente fortaleciendo la democracia, con diálogos, libertad de prensa y de expresión, en la que a su vez, debe fortalecerse todo el sistema jurídico -sus instituciones- y el Estado Constitucional de Derecho, en la que no hay que olvidar que los gobiernos fracasan por una mala administración, pero, también por la corrupción, siendo así, “(...) hay que pensar, opinar, debatir para solucionar, lo triste del asunto es que no solo la pandemia nos enferma o nos mata, sino, que la voluntad del pueblo se distorsiona; es así, que nadie va arriesgarse de cumplir con el deber ciudadano, y dar su voto universal, para que luego los escogidos democráticamente se tornen dictadores, ya América Latina tiene bastante mal ejemplo de ello. (...) Hay que defender la Democracia de manera consciente, pero, hay que crear mecanismos políticos y jurídicos, de que los elegidos (...) no pretendan darse los salvadores de la humanidad. (...) El poder no solo envenena el alma, sino, que enferma el alma de los que tienen que tolerar el abuso del poder.” Villalobos Caballero, Miguel Angel (2020), Perú, “¿Democracias dictatoriales?”, Diario el Correo, p. 8.

19 Arendt, Hannah; *op. cit.*, p. 39.

y también en que estaba obligado a obedecer las órdenes que se le daban, y que, dicho sea en las palabras empleadas por Servatius, había realizado hechos “que son recompensados con condecoraciones, cuando se consigue la victoria, y conducen a la horca, en el momento de la derrota.”<sup>20</sup>

Por ello,

muy distinta fue la actitud de Eichmann. En primer lugar, según él, la acusación de asesinato era injusta: “Ninguna relación tuve con la matanza de los judíos. Jamás di muerte a un judío, ni a persona alguna, judía o no. Jamás he matado a un ser humano. Jamás di órdenes de matar a un judío o a una persona no judía. Lo niego rotundamente”. Más tarde matizaría esta declaración diciendo “Sencillamente, no tuve que hacerlo”. Pero dejo bien sentado que hubiera matado a su propio padre, si se lo hubieran ordenado. (...) Una y otra vez repitió – en una entrevista – que tan solo se le podía acusar de “ayudar” a la aniquilación de los judíos, y de “tolerarla”, aniquilación que, según declaró en Jerusalén, fue “uno de los mayores crímenes cometidos en la historia de la humanidad.”<sup>21</sup>

Por ello, hay que tener como “dato” a evaluar sobre la responsabilidad penal y malvada de Eichmann, que:

Eichmann siempre había sido un ciudadano fiel cumplidor de las leyes, y las órdenes de Hitler, que él cumplió con todo celo, tenían fuerza de ley en el Tercer Reich (...) Theodor Maunz, ministro de Educación y Cultura de Baviera, quien, en 1943, en su obra *Gestalt und Recht der Polizei*, afirmó: “Las órdenes del Führer... son el centro indiscutible del presente sistema jurídico”. (...) Quienes durante el juicio dijeron a Eichmann que podía haber actuado de un modo distinta a como lo hizo, ignoraban, o habían olvidado, cuál era la situación en Alemania. Eichmann no quiso ser uno de aquellos que, luego, pretendieron que “siempre habían sido contrarios aquel estado de cosas,” pero que, en realidad, cumplieron con toda diligencia las órdenes recibidas. Sin embargo, los tiempos cambian, y Eichmann, al igual que el profesor Maunz, tenía ahora “puntos de vista distintos”. Lo hecho, hecho estaba. Eso ni siquiera intentó negarlo. Y llegó a decir que de buena gana “me ahorcaría con mis pro-

---

20 Arendt, Hannah; *op. cit.*, p. 40.

21 Arendt, Hannah; *op. cit.*, pp. 41.

pios manos, en público, para dar ejemplo a todos los antisemitas del mundo”. Pero al pronunciar esta frase, Eichmann no quiso expresar arrepentimiento, porque el “arrepentimiento es cosa de niños.”<sup>22</sup>

Por ello, ¿Qué difícil el juzgamiento, no solo de los delitos imputados en contra de Eichmann, sino, como diferenciar en él un mal radical o banal?, más aún, si “seis psiquiatras habían certificado que Eichmann era un hombre “normal”. Más normal que yo, tras pasar por el trance de examinarle”, se dijo que había exclamado uno de ellos. Y otro consideró que los rasgos psicológicos de Eichmann, su actitud hacia su esposa, hijos, padre y madre, hermanos, hermanas y amigos, era “no solo normal, sino ejemplar” Y, por último, el religioso que le visitó regularmente a la prisión, después de que el Tribunal Supremo hubiera denegado el último recurso, declaró que Eichmann era un hombre con ideas muy positivas”. Tras las palabras de los expertos en mente y alma, estaba el hecho indiscutible de que Eichmann no constituía un caso de enajenación en el sentido jurídico, ni tampoco de insania moral. (...) Sin embargo, (...) las revelaciones del fiscal Hausner acerca de “lo que no pudo decir en el juicio” contradicen los informes privadamente dados en Jerusalén. Ahora nos dicen que, según los psiquiatras, Eichmann era “un hombre dominado por una peligrosa e insaciable necesidad de matar”, “una personalidad perversa y sádica”. Si así fuera, hubieran debido enviarle a un manicomio, (...) “Pero nadie le creyó. El fiscal no le creyó por razones profesionales, es decir, porque su deber era no creerle. La defensa hizo caso omiso de estas declaraciones porque, a diferencia de su cliente, no estaba interesada en problemas de conciencia. Y los jueces tampoco le creyeron, porque eran demasiado honestos, o quizá estaban demasiado convencidos de los conceptos que forman la base de su ministerio, para admitir que una persona “normal”, que no era un débil mental, ni un cínico, ni un doctrinario, fuese totalmente incapaz de distinguir el bien del mal. Los jueces prefirieron concluir, basándose en ocasiones falsedades del acusado, que se encontraban ante un embustero, y con ello no abordaron la mayor dificultad moral, e incluso jurídica del caso. Presumieron que el acusado, como toda “persona normal”, tuvo que tener conciencia de la naturaleza criminal de sus actos, y Eichmann era normal, tanto más cuando que “no constituía una excepción en el régimen nazi”. Sin embargo, en las circunstancias imperantes en el Tercer Reich, tan solo los seres “excepcionales” podían reaccionar “normalmente”. Esta simplísima verdad planteó a los jueces un dilema que no podían resolver, ni tampoco soslayar.”<sup>23</sup>

Pero ello, no parece haber calado en la filósofa Hannah Arendt, quien hizo la dis-

---

22 Arendt, Hannah; *op. cit.*, p. 44.

23 Arendt, Hannah; *op. cit.*, pp. 146-147.

tinción entre mal radical y mal banal, solo, para entender que siendo Eichmann una persona “normal” no podría radicar en él un mal radical, sino, un mal banal; es decir, del “burócrata”, que lejos de la acción comete crímenes, incluso, los más violentos y reprochables, como los crímenes de la Alemania nazi.

Por ende, al hacer un análisis de ciertos segmentos de la obra se puede desprender que, al parecer Eichmann era un ganapán, alguien sin trascendencia, ni significado, un fracasado ante sus iguales sociales, ante su familia y ante sí mismo, pero, aunque así fuese, sería adecuado ¿creerle que estaba lejano de los planes de la Alemania Nazi?

Por ello, advertimos que entre los planes que se tenían contra los judíos, era primero, obligarlos a emigrar o la expulsión de los mismos; segundo, encontrar que los judíos estuviesen en un lugar en el que pudieran vivir permanentemente -campos de concentración-, y, tercero, la solución final, es decir, matar, “la solución final de la cuestión judía” que es el nombre del Plan del Tercer Reich para llevar a cabo la eliminación sistemática de la población judía europea durante la segunda guerra mundial, en la que la expresión empleada por Eichmann fue “Holocausto”.

Es así, que fue un “dato” importante, saber que Eichmann, “por primera en su vida, descubrió poseer algunas cualidades especiales. Había dos cosas que sabía hacer bien, mejor que otros: sabía organizar y sabía negociar. Inmediatamente después de su llegada, inició negociaciones con los representantes de la comunidad judía, a los que primero tuvo que liberar de las prisiones y de los campos de concentración, ya que el “celo revolucionario” en Austria, al sobrepasar en mucho los primeros “excesos” ocurridos en Alemania, había tenido prácticamente como consecuencia de la detención de todos los judíos importantes. Después de esa experiencia, no fue necesario que Eichmann convenciera a los representantes judíos de la conveniencia de la emigración.”<sup>24</sup>

Por ello, Hannah Arendt tal vez, vio situaciones en Eichmann que tal vez lo podrían evidenciar -pensando bien o mal de él-, ya sea empeorando o aminorando su mal comportamiento, a la luz de sus ojos e interpretación moral y filosófica, como para doblar el mal en dos: el radical y el banal; pero, nos preguntamos **¿Pudo advertirlo Hannah Arendt a través de un juicio penal?, ¿Qué significó para ella, ese juicio oral, sin tener la especialidad del Derecho penal o el conocimiento debido de la dogmática penal o de la perspectiva de la litigación oral?**; por lo pronto, contestamos que el juicio oral no es sino la recolección de la adecuada información, desde la perspectiva de **un juego dialectico de la litigación oral en busca de justicia**, que deben poner en destreza las partes con observación del juez, a la cual he denominado de esa manera, porque, tomando al filósofo Hegel (1770-1831), sobre su teoría: **de la tesis, antítesis y**

---

<sup>24</sup> Arendt, Hannah; *op. cit.*, p. 73.

**síntesis**, aplicado a la dinámica o a la dialéctica de la litigación oral, no es tan distinta en su esencia a lo largo de su evolución como arte de litigación oral, así, la actual estabilidad que deben tener los fiscales en sus historias, quienes contribuyan con una “teoría del caso” (narraciones reales, basadas en evidencia, con interpretación y argumentación y no solo con la exposición, mediante artes persuasivas, historias visualizadas a través de estrategias, tácticas y destrezas definidas propias de la litigación oral, adecuadas a una buena metodología de trabajo, como aquella utilizada por Descartes en su “Discurso del Método”, entendiendo los derechos fundamentales de las personas y en un contexto de protección de las garantías constitucionales, además del soporte jurídico del derecho internacional se tendrá, ya sea desde que se toma la noticia criminal o desde que se formula la acusación, o quizás dentro de una acusación complementaria, mejores imputaciones concretas y/o necesarias, por cuanto la teoría del caso puede ser flexible, y se entiende mejor la misma, con fines de justicia, valorizando las reproducciones orales de una versión acerca de cómo ocurrieron los hechos, o competencia de relatos fácticos o versiones, etc.), en tiempos actuales, donde la conocida “**Tesis**” no es sino, una contribución del fiscal basado en los hechos a los procesos orales, en la que la “imputación necesaria” esbozada en una Teoría del Caso sea útil, necesaria, clara, exitosa y vislumbre “reales cargos contra el o los acusados y no falacias, ni ficciones, menos conjeturas”; por otro lado, la “negación de los cargos” de la tesis del fiscal, a cargo de los abogados defensores, que deben ser críticos y participativos con lo que sería, la “**Antítesis**”, y por último, la resolución del caso, en aplicación de la “ley” o en la aplicación de la interpretación y la argumentación de la ley y de los “principios” por parte del juez o jueces, conocida como la “**síntesis**”.

A ello, **hay que agregarle a este juego dialéctico de la litigación oral o juego dialectico en la litigación oral**, que denomino así, *tomando bases filosóficas*, desde fuentes de pensamientos de filósofos como Descartes, Hegel, Husserl hasta orientales, como el filósofo Chino Sun Tzu, quien tenía la idea guiada por principios fortaleza-conócete a ti mismo, conoce a tu enemigo y sé cuándo actuar para el éxito-, como que la guerra se gana sin combatir, yo diría más bien “pensando”, eludiendo las fortalezas y atacando las debilidades del enemigo, mantener el secreto y engañar; sin embargo, en la buena lid de la litigación oral estratégica o en el juego dialectico de la litigación oral o en el juego dialectico en la litigación oral contemporánea, debería ganarse ciertos casos sin combatir, es decir, con utilización de estrategias, destrezas, garantías, persuasión, no siendo necesario “el mentir”, **por cuanto el principio acusatorio debe basarse en la transparencia y honestidad**, y no solo seguir los principios de oralidad, concentración, intermediación, publicidad y contradicción, también, aplicar “**el arte del ejercicio del buen litigar**”, que incluye la “verdad” y no la mentira dfo la falacia, empleadas

en algunas situaciones; hay que servirse de ser el caso de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos -la negociación, la mediación y la conciliación- y las otras posibilidades que otorga la ley vigente, en especial la ley procesal penal, como son la terminación anticipada, la aceptación de cargos, entre otros más.

Por eso, y debido al caso penal, pregunto: ¿Qué otras situaciones más observo Hannah Arendt en Eichmann? Tal vez, su moderada afasia, o trastorno del lenguaje, “Eichmann no fue capaz de hallar otra manera de expresarlo. Confusamente consciente de un defecto que debió de vejarle incluso en la escuela -llegaba a constituir un caso moderado de afasia- se disculpó diciendo: “Mi único lenguaje es el burocrático (Amtssprache)”. Pero la cuestión es que su lenguaje llegó a ser burocrático porque Eichmann era verdaderamente incapaz de expresar una sola frase que no fuera una frase hecha. (¿fueron estos clichés lo que los psiquiatras consideraron una “normal” y “ejemplar”? ¿Son estas las “ideas positivas” que un sacerdote desea para aquellos cuyas almas atiende? (...)) Eichmann, a pesar de su memoria deficiente, repetía palabra por palabra las mismas frases hechas y los mismos clichés de su invención (cuando lograba construir una frase propia, la repetía hasta convertirla en un cliché) cada vez que se refería algún incidente o acontecimiento importante para él. Tanto al escribir sus memorias en Argentina o Jerusalén, como el al hablar con el policía que le interrogó o con el tribunal, siempre dijo lo mismo, expresado con las mismas palabras. Cuanto más se le escuchaba, más evidente era que su incapacidad para hablar iba estrechamente unida a su incapacidad de pensar, particularmente, para pensar desde el punto de vista de otra persona. No era posible establecer comunicación con él, no porque mintiera, sino porque estaba rodeado por la más segura de las protecciones contra las palabras y la presencia de otros, y por ende contra la realidad como tal.”<sup>25</sup>

Por eso, y, a manera de síntesis sobre la imputación contra el régimen nazi y sus responsables, queda la primera solución: expulsión; la segunda solución: concentración y, la tercera: la solución final: matar; por lo que ya jurídicamente estos actos son injustos, y moralmente atroces, inhumanos, y en ese camino incorrecto con los otros alemanes transitaba Eichmann, lo demás es interpretación a favor y en contra de él, en la que finalmente fue condenado y “ahorcado, su cuerpo incinerado y sus cenizas arrojadas al Mediterráneo, fuera de las aguas jurisdiccionales israelitas.”<sup>26</sup>

## 2.2 Sobre la maldad radical y banal de Hannah Arendt, en síntesis:

Es así, que queremos encontrar una explicación más objetiva y racional, que una

---

<sup>25</sup> Arendt, Hannah; *op. cit.*, pp. 78-79.

<sup>26</sup> Arendt, Hannah; *op. cit.*, p. 364.

subjetiva o emotiva en la valoración de la conducta de Eichmann frente a los sucesos de la Alemania Nazi, no escuchándolo solo a él y a sus relatos o leyendo sus autobiografías; tampoco, solo prestando oído a sus justicieros, sino, a observar y analizar de manera totalizadora todo lo que ocurrió, sin arbitrariedad -negación de la justicia- alguna, es decir, tratar de entender la naturaleza humana o a la condición humana de los seres humanos, como lo haría Hannah Arendt, sobre las escenarios y vivencias que el hombre y la mujer son capaces de hacer, en especial, en aquellas situaciones terribles, como son, la comisión de los delitos contra la humanidad, en la que si bien cualquier persona debe estar preocupado por las necesidades de la vida, esto no justifica, el de sacrificar valores o bienes jurídicos, quitándoles la vida a los “otros”, y execrable aún, mediante la crueldad, la perversidad o la inhumanidad.

Por eso, si bien las ideas de Hannah Arendt son interesantes al tratar de clasificar la maldad en un mal radical y en un mal banal, sin embargo, a algunos no les satisface su forma de pensar, así menciona Manuel Cruz que:

Se puede analizar el totalitarismo, evidentemente, por otra vía. Enfatizando, por ejemplo, los instrumentos fundamentales de los que se sirve el poder totalitario. Se destaca entonces el terror, la mentira, la identificación de control de seguridad y con falta de novedad, etc. Dimensiones ciertamente reales en una sociedad totalitaria, pero que en ningún caso deben dejar sin analizar lo que a Hannah Arendt verdaderamente importa: la lógica profunda del totalitarismo, que permite pensar tales dimensiones como efectos. Cuando se accede a ella, lo que parece como núcleo básico de su estructura de funcionamiento es el mal radical, un mal sin confines. Que todo puede ser destruido es un ejercicio de demostración de la apuesta básica del totalitarismo: todo es posible. Así debe entenderse el hecho de que el terror del campo de concentración aparezca como arbitrario: cualquier restricción implicaría poner límites al principio fundamental (“los hombres normales no saben que todo es posible”, David Rousset). El círculo se va estrechando: masas impotentes -porque una de las consecuencias del aislamiento es la incapacidad para actuar (se actúa entre y con los demás) y la falta de poder (“el poder persiste mientras los hombres actúan en común; desaparece cuando se dispersa”, ha escrito “arendtianamente” Paul Ricoeur)- afirmando sin restricciones que todo es posible, masas incapaces de proponerse objetivos obtenibles afirmando que el mundo está en sus manos. La conclusión de Arendt ya no es un juicio de intencio-

nes: “El totalitarismo busca, no la dominación despótica sobre los hombres, sino un sistema en el que los hombres sean superfluos”. (...) Su opinión acerca de Eichmann resulta, a este respecto, absolutamente inequívoca. En 1961 Hannah Arendt recibió de la revista americana *The New Yorker* el encargo de informar sobre el proceso contra el dirigente nacionalsocialista. Su contacto personal con él no hizo otra cosa que reafirmar sus convicciones: “Me impresionó la manifiesta superficialidad del acusado del acusado, que hacía imposible vincular la incuestionable maldad de sus actos a ningún nivel más profundo de enraizamiento o motivación. Los actos fueron monstruosos, pero el responsable-al menos el responsable efectivo que estaba siendo juzgado-era totalmente corriente, del montón, ni demoniaco ni monstruoso”. Nada hay de sorprendente, ni mucho menos de provocador, en estas afirmaciones, que se limitan a ser mera aplicación de las categorías. Este hombre del montón es un hombre de la masa, y la característica principal del hombre-masa no es la brutalidad y el atraso, sino su aislamiento y su falta de relaciones sociales. Las mismas categorías que autorizan a Hannah Arendt a aquella otra afirmación, tal vez algo más concluyente: el padre de familia, escribirá, es “el gran criminal del siglo.”<sup>27</sup>

Por ello, se menciona en este “dilema” si se puede aquilatar, que:

lo más grave, en el caso de Eichmann, era precisamente que hubo muchos como él, y que estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones jurídicas y de nuestros criterios morales, esta normalidad resultaba mucho más terrorífica que todas las atrocidades juntas, por cuanto implicaba que este nuevo tipo de delincuente -tal como los acusados y sus defensores dijeron hasta la saciedad en Nuremberg-, que en realidad merece la calificación de *hostis humani generis*, comete sus delitos en circunstancias que casi le impiden saber o intuir que realiza actos de maldad.<sup>28</sup>

Por ello, “las razones o la voluntad de Hannah Arendt” son polémicas en este caso judicial, donde un criminal alemán nazi de tal jerarquía y con planes de exclusión, con-

---

<sup>27</sup> Arendt, Hannah. 2019 “La condición humana”, Colombia, Géminis, séptima reimpresión, pp. 12-13.

<sup>28</sup> Arendt, Hannah: Eichmann en Jerusalén, *op. cit.*, pp. 402-403.

centración y de matanza a los judíos, se le quiera entibiar con una “maldad banal”, más aún, que esa posición es incomprensible, dada su condición de filósofa, quien conforme a su vida histórica, se vio obligada a fugar de su país, en la que felizmente y coherentemente si entendió, que dado que las acciones tiene consecuencias, tienes que ser responsable, así, no se trata de que alguien se comporte según las normas dadas por el Derecho positivo -ejemplo de ello, la ley alemana nazi- sino, que esas normas positivas no tienen sentido, si se apartan de toda respeto a la humanidad, para lo cual, tiene que existir un diálogo interno, antes de cumplir a secas con la normatividad jurídica – en vez de ritualismo- viendo en ellos sus efectos, porque si no piensas lo que haces o lo que causas no tendrás el debido remordimiento de ello, que perjudica a la persona y al mundo, y menos tratar de repararlo; de ahí, la idea de “la banalidad del mal” en esencia, no es tan adecuada para separarla de la maldad radical, en la que en esta última, simplemente nada te importa, por tanto ni lo jurídico, ni lo moral, no hay que olvidar que según lo investigado, Eichmann se dedicaba a la logística para eliminar a los judíos, no se le puede ver así con simpleza, como alguien, necio, mediocre, alguien quien solo cumplía a secas las órdenes y que obedecía por obedecer sin cuestionarlas; alguien, que finalmente a pesar de ser visto como “normal” no pensaba en los efectos o las consecuencias de sus acciones; así, “el no importa” que es propio al mal radical, no están diferente, de “obedecer las órdenes de arriba sin cuestionarlas”, por lo que alguien, aunque tenga la condición de “burócrata” y este lejos de la acción de expulsar, concentrar y encontrar la solución final, como es el de matar, escapa de todo concepto de banalidad del mal o al menos como lo entendía Hannah Arendt; Eichmann no es malo solo porque cumplía con su trabajo alemán nazi, sino, porque en el fondo y conforme se demostró en el juicio penal, simplemente no le importaba lo que sucedía en su entorno o no se quería dar por avisado moralmente, ni jurídicamente por algún tipo de conveniencia razón que se lo cargo en sus adentros.

Por eso, pensamos, que, si tuviéramos que indagar o comprender aún más la “maldad” o la inequidad o la crueldad de los seres humanos en tiempos contemporáneos, tendríamos que acudir alguna teoría, cómo “la triada oscura de la personalidad”, así, estas personas tendrían rasgos de psicopatía, narcisismo y maquiavelismo y, si en el caso la psicología o la psiquiatría no los detecta a tiempo, es tal vez, porque a veces el ser humano es un ser insondable, así, la observación no siempre nos dice de manera fidedigna sobre la esencia humana, pero, la manifestación de la “esencia humana” en actos ilegales, injustos o inmorales, dice mucho de ellos, cuando se deja huella o evidencia de la maldad practicada.

Por eso, se menciona que:

“Pero, aun cuando la mala fe de los acusados era manifiesta, la única base que permitía demostrar materialmente que su conciencia no estaba limpia estaba constituida por el hecho de que los nazis, y en especial los miembros de las organizaciones criminales a que Eichmann había pertenecido, se dedicaron con gran ardor a destruir las pruebas de sus delitos, en el curso de los últimos meses de la guerra. E incluso esta base era un tanto débil, por cuanto, solamente demostraba el reconocimiento de que las leyes que preceptuaban el asesinato masivo no habían sido todavía aceptadas, debido a su novedad, por las restantes naciones; o, dicho sea en el lenguaje de los nazis, que estos habían perdido la batalla iniciada con el fin de “liberar” al género humano del “yugo de los subhumanos”, especialmente del dominio de los Ancianos de Sión; o dicho sea en lenguaje común, solamente demostraba el reconocimiento de su derrota.”<sup>29</sup>

### 3 CONCLUSIONES

**Primero:** Que, no existe razones para evadir “la ideal del mal” en la comisión de delitos comunes y graves, como el denominado “crímenes de atrocidad masiva”, que luego, de ser investigados, juzgados y condenados, deben generar memoria colectiva, por cuanto, todo delito tiene en su raíz una expresión de ir contra la persona humana, por lo que debe ser sancionado ejemplarmente cuando se trata de delitos contra la humanidad. **Segundo:** Que, la “voluntad de Hannah Arendt” en su perspectiva de “la banalidad del mal” no es una distracción jurídica, pero, sí un alcance filosófico, ella es un outsider por estar fuera del Derecho, realiza una filosofía del Derecho de los filósofos, y ello, no le quita valor en sus apreciaciones del proceso penal desde su subjetivismo, al hacer la diferencia entre la maldad radical y la maldad banal; pues, apunta a advertir que se debe observar a la comunidad de que existen enemigos de la humanidad por irreflexión, lo que no le resta originalidad a su pensamiento. **Tercero:** Que, en el camino del entendimiento del comportamiento humano tras de sí, siempre ha existido un sistema sencillo o complejo de normas, valores, historias y conductas humanas – concepción de la experiencia jurídica- donde transitan, se aquietan o avanzan criterios de cambio de justicia, por lo que lo importante, no es tener una “justicia tautológica”, que no comprenda lo que es la “justicia”, sino, por el contrario, una “justicia con compromiso” que comprenda lo

---

<sup>29</sup> Arendt, Hannah; *op. cit.*, p. 403.

que es la justicia, se dirija a fines, logre metas, comprenda valores, reglas y principios, en ese proceso de cambio de justicia, se entiende a la “fe” como sustituto del “mito”, la “razón” como sustituto de la “fe”, y la interpretación y la argumentación como complemento de la razón en un mundo contemporáneo. **Cuarto:** Que, tal vez Hannah Arendt se presentó como un tábano para muchos que no la comprendían en su pensamiento crítico, pero, esboza una “libertad positiva” basada en la libertad y en la idea axiológica de describir a aquellos, que han efectuado una ruptura con la especie humana, es decir, de aquellos que, en vez de ser personas racionales, se tornaron enemigos de la humanidad. **Quinto:** Que, como se extrae del pensamiento filosófico, cuando combatimos monstruos, como son los que cometen delitos contra la humanidad o contra la condición humana, no hay que volverse monstruos, porque la humanidad tiene el deber de elevar su estima y responder con seria responsabilidad, eso sí, evitando la ausencia del derecho, para ello, la reflexión filosófica es adecuada para pensar siempre, que las personas tienen derecho a tener derechos, entre ellas, a una buena administración pública y a una buena administración de justicia con virtudes. **Sexto:** Que, permanece atrayente la idea de la “banalidad del mal” de Hannah Arendt, para su reflexión jurídica y filosófica, ante un Derecho Penal que busca incesantemente “respuestas penales” –dogmática penal-, sin embargo, debe tenerse presente, que aunque el Derecho Penal debe tener siempre la respuesta, no siempre la tiene, y de ahí, su debilidad pero, a su vez -y visto dialécticamente- su fortaleza; en ese sentido, hay que reforzarlo, con un estudio de la Filosofía del Derecho Penal, que a nuestra concepción, significa que la Filosofía del Derecho Penal es “el repensar” del Derecho Penal, lo que hace que la filosofía del derecho de “los filósofos” y la filosofía del derecho de “los juristas” sea tan valiosa en tantos aspectos ontológicos, axiológicos y epistemológicos, para el adecuado entendimiento de la idea de “prevención”, “delito” y “sanción”, lo que incluye, un pensamiento sobre la noción de “reparación”, entre otros, temas más, “indeterminismo”, “imputación”, “lenguaje y mente jurídica”, “responsabilidad penal” y “castigo.” **Séptimo:** Que, la respuesta al “dilema penal” de castigar o perdonar, lo pueden -jurídico-filosóficamente ante los conflictos que se les presentan-, dar los fiscales y los jueces, no solo con un juicio penal, sino, que también pueden con sus apreciaciones distinguir la “maldad” -como lo interno del delito-, del delito en sí, como parte de apoyo a la dogmática penal y tender a nuevas corrientes del pensamiento jurídico-filosófico contemporáneo de un entendimiento de la conducta humana, que tratándose, de delitos contra la humanidad no es adecuado pensar o repensar que alguien como Eichmann pueda quedar suspendido de sus facultades de pensamiento, en la que simplemente no quiso ser persona y respetar los derechos fundamentales. **Octavo:** Que, en las orientaciones y perspectivas de la Filosofía del Derecho Penal contemporánea se debe encontrar o tratar de encontrar a través de “los juicios

históricos” no solo la “verdad legal”, sino, también la “verdad integral” a las reales motivaciones para las explicaciones del caso, del porque el ser humano “piensa lo que piensa y como llega a pensar así” o “cómo y porqué hace lo que hace y porqué llega hacer de tal manera”, con deducciones, razones y criterios axiológicos, para la obtención de datos epistemológicos, que puedan servir a las demás disciplinas científicas, para entender no solo al Derecho, los derechos, la justicia, sino, todo lo que bordea a ella, sea consciente o inconscientemente, lo que debe ser explicado u aclarado, entre ellos, la “crueldad humana en contra de la misma humanidad”; es así, que éste tema o éstos temas, no deben ser descartados por los magistrados, si quieren justicia sustancial y no justicia banal, en consecuencia, tratar de ser objetivos no solo cuando estén investigando, juzgando o sentenciando, sino, de preocuparse por la especie humana, en la que tienen la gran oportunidad de resolver la “aporía griega” de responder a esa gran pregunta: ¿y, cómo ser virtuosos y útiles en una sociedad actual?. **Noveno:** Que, la “Moral” y el “Derecho” no son motivo de separación entre ambas, al menos para el punto de vista, perspectiva u orientación de la filosofía del derecho penal, por lo que surge, una especie de interés del “no positivismo” para entender no solo los “actos injustos e ilegales”, sino también, los “actos morales”, que a veces se ven -están a la luz- y otras veces no se ven -están en las tinieblas-, pero, qué dejan huella perjudicial en las vidas humanas, que dañan vidas, sociedades enteras, y las poblaciones reclaman justicia real y no fingida; en la que no se quiere “impunidad”; en ese sentido, será también labor de los magistrados contemporáneos ser más diligentes para encontrar o descubrir, no solo a los culpables de los delitos contra la humanidad, sino, también para encontrar explicaciones en “esencia” del porqué de tan indeseable mal comportamiento moral en perjuicio de la humanidad; siendo así, una cosa será averiguar por la teoría del delito, otra por la teoría de la teoría de la prueba o de la evidencia, y otra muy diferente, su plus, al menos en filosofía del derecho penal, de saber y explicar a las gentes lo que se conoce como “el derecho a la verdad.”, tal vez, labor metajurídica necesaria, pero, que vale la pena buscar, para saber la “ruta” o “las nuevas rutas humanas” para la conveniencia pacífica y justa de las personas y los pueblos. **Décimo:** Que, por último se adjunta el presente cuadro para mostrar el esbozo de una teoría trabajado por el autor, y que en relación al caso penal visto y analizado por Hannah Arendt, nos da entender desde estos tiempos contemporáneos, que una cosa es la óptica de la filósofa (auténtica) y otra muy diferente, los elementos que concurren para dar la idea de lo que se plantea en un juicio oral o en los procesos penales, en la que no solo consiste ver el ritualismo jurídico de esas épocas, con escasas garantías y procedimientos inadecuados, sino, que en caso de llevarse a cabo nuevamente estas situaciones con delitos contra la humanidad o delitos contra la condición humana en alguna parte del planeta, se llevaría con una visión mul-

tidisciplinaria, para entender lo que podría estar pasando en esos momentos, con visiones y análisis, entre ellos, jurídicos, políticos, económicos, sociales, sociológicos y antropológicos, es decir, aclarar el panorama o un paradigma totalmente dinámico, dialectico y diferente a épocas antañas, como las que ocurrieron en el fenómeno de las guerras mundiales y su posterior juzgamiento.

**Cuadro: Ideas sobre el juego dialectico de la litigación oral o el juego dialectico en la litigación oral para la Teoría del Caso: (teoría del profesor Miguel Angel Villalobos Caballero (Callao, Perú)**

**Ello implica:** utilización la evidencia, teoría jurídica – del delito y de las pruebas -argumentación, interpretación, estrategias, destrezas, perspectivas, paradigmas, garantías constitucionales e internacionales, que deben ser respaldado por el principio acusatorio y bordeado de otros principios: oralidad, intermediación, concentración, contradicción y publicidad.

Filósofos:

Hegel. (tesis, antítesis y síntesis)

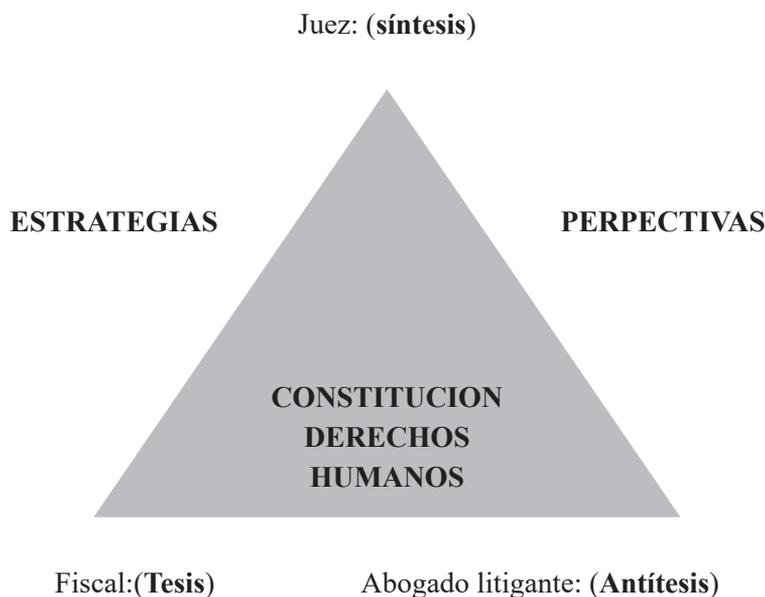
Sun Tzu: conócete a ti mismo, a tu enemigo y se cuándo actuar para el éxito.

Descartes, Husserl y otros.

Tesis: Fiscal: imputa, narra.

Antítesis: Defensa: niega.

Síntesis: Juez. resuelve.



# HANNAH ARENDT'S WILL ON THE BANALITY OF EVIL: CAN JUDGES AND PROSECUTORS DISTINGUISH WRONG FROM CRIME? ORIENTATIONS AND PERSPECTIVES OF THE PHILOSOPHY OF CRIMINAL LAW

## ABSTRACT

In this essay, Hannah Arendt (1906-1975), a German of Jewish origin, is studied in her capacity as a philosopher, and in turn for her contribution to Criminal Law -perhaps in an unconscious but valuable way-, thus, we will notice in her thought and basically in his work *Eichmann in Jerusalem* "A study on the banality of evil" the orientations and perspectives that are noticed in the observation, perspective from the perspective of the philosopher, in a criminal trial held in Jerusalem in 1961 against one of the most criminal human beings in WWII. Thus, by way of philosophical reflection and within the area of the philosophy of Criminal Law, we ask ourselves: If a human person is or can be so evil in a society that by moving away from the Law, he can act with inequity? What does Positive Law say? And, how do contemporary judges and prosecutors take care today that this perversity, regardless of the law, cannot be conspired again and carried out against the Common Welfare of humanity?

**Keywords:** Philosophy; Criminal law; Philosophy of criminal law; Perversity; Morality and crime.

## REFERENCIAS

Arendt, Hannah. **Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal.** Barcelona, España, Lumen. 2019.

Arendt, Hannah. **La condición humana.** Colombia, Géminis: séptima reimpresión. 2019.

Asociación Internacional de Fiscales. **Manual de Derechos Humanos para Fiscales.** Países Bajos: WLP, segunda edición. 2009.

González Lagier, Daniel. **Emociones sin sentimentalismo.** Sobre las emociones y las decisiones judiciales. Lima, Perú: Palestra. 2020.

Kant, Immanuel; Constant, Benjamin. **¿Hay derecho a mentir?** España: Tecnos. 2012.

Malem Seña, Jorge. **¿Pueden las malas personas sr buenos jueces?**, Alicante, Doxa, **Cuadernos de Filosofía**, N°24. 2001.

Sherratt, Yvonne. **Los Filósofos de Hitler.** Madrid, España: ediciones cátedra, segunda edición. 2015.

Villalobos Caballero, Miguel Angel. **Un filósofo del Derecho**. Perú: Diario el Correo (06-01-2021).

Villalobos Caballero, Miguel Angel. **¿Democracias dictatoriales?** Perú: Diario el Correo (09-12-2020).



NEW LEGAL INSTITUTION IN  
THE HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE  
SYSTEM ENABLING THE RAPID  
PROSECUTION OF CRIMINALS

*NOVO INSTITUTO LEGAL NO SISTEMA PROCESSUAL  
CRIMINAL HÚNGARO POSSIBILITANDO O  
RÁPIDO PROCESSO DE CRIMINOSOS*



# NEW LEGAL INSTITUTION IN THE HUNGARIAN CRIMINAL PROCEDURE SYSTEM ENABLING THE RAPID PROSECUTION OF CRIMINALS<sup>1</sup>

*NOVO INSTITUTO LEGAL NO SISTEMA PROCESSUAL  
CRIMINAL HÚNGARO POSSIBILITANDO O RÁPIDO  
PROCESSO DE CRIMINOSOS*

*Belovics Ervin<sup>2</sup>*

## ABSTRACT

In Hungary, in 2017, the Act on Criminal Procedure (hereinafter: CPC) was re-created. The most significant reason necessitating codification was the fact that sometimes it took years from the commission of the crime to the prosecution of the perpetrator, a fact which had an extremely negative effect on both general and special prevention. Ensuring timeliness clearly formed the basis of enacting several legal institutions. The purpose of the proportionate prosecutorial motion is that it allows the prosecution service to present its position regarding the specific term and/or length of the criminal punishment or measure in the given case. If the accused has actually committed the crime and finds the sanction presented in the proportionate prosecutorial motion acceptable, he/she will confess the commission of the crime and waive his/her right to trial. A fundamental novelty of the CPC in the preparation of the trial is that it allows the criminal liability of the accused to be established at the preparatory hearing. The accused has the opportunity to plead guilty to the offence stated in the indictment, irrespective of the substantive gravity of the offence on which the proceedings are based. According to the provisions of the CPC, if the court has accepted the accused's statement of guilt, it will not examine the merits of the indictment and the question of guilt, and may not impose a more severe punishment or apply a more severe measure than the one proposed by the prosecution service. The new rules on the preparatory hearing have significantly reinterpreted the function of the formerly marginal preparatory hearing, which made it possible to convict the defendant rapidly, in compliance with the requirements of due process.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 18/02/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Deputy Prosecutor General of Hungary, full university professor, Faculty of Law and Political, Sciences of the Pázmány Péter Catholic University, Budapest, Hungary. E-mail: lovasz.erika@mku.hu

**Keywords:** Timeliness of criminal proceedings; Proportionate prosecutorial motion; preparatory hearing; Rapid conviction; inculpatory confession of the accused person; Waiver of the right to trial; Trial-concentration; Court acceptance of a confession of guilt of the defendant.

## 1 INTRODUCTION

In order to be able to take a position on the specific legal institutions of a criminal procedure law, it is essential to clarify the basic question, i.e. what is the intended purpose of criminal proceedings. According to Tibor Király, “Criminal proceedings [...] are a series of acts aimed at determining whether a crime has been committed, who the perpetrator is and whether criminal law is being applied to it”<sup>3</sup> According to Henkel’s definition, “The process of criminal proceedings (processus, lawsuit) is the continuous progress for a specific purpose through successive acts.”<sup>4</sup> Thus, criminal proceedings actually have two functions, namely to enable the prosecution and punishment of perpetrators and to ensure that no innocent person is convicted and all this is done in a fair trial.

It is also of decisive importance what should constitute the basis for deciding on criminal liability. Historically, two models have been developed in this respect, one is the mixed system evolving from the inquisitorial procedure and the other one is the accusatory procedure. The latter is considered to be the dominant one in the Anglo-Saxon countries, and the main purpose of the proceedings is to settle the conflict between the perpetrator and the victim in a way that is acceptable to the members of society. In the mixed system, material truth is the fundament that needs to be clarified, i.e. it has to be elucidated what happened in a past time dimension. The Hungarian criminal procedure codes have always reflected the obligation to establish the material truth by stating that “According to the internationally accepted principle: The burden to prove (onus probandi) the guilt of the perpetrator is placed on the authorities competent in criminal matters”.<sup>5</sup>

In 2017, based on the said principles, Act XC of 2017 on Criminal Procedure (hereinafter: CPC) was created. The most significant reason necessitating codification was the fact that sometimes it took years from the commission of the crime to the prosecution of the perpetrator, a fact which had an extremely negative effect on both general and special prevention.

---

3 KIRÁLY Tibor: A büntető eljárási jog alapfogalmai. Osiris. Budapest, 1990. p.11.

4 HENKEL H: Strafverfahrensrecht. Stuttgart, 1968. p. 295.

5 FANTOLY Zsanett: Alapelvek az új büntetőeljárási törvényben. In. Ünnepi kötet Dr. Nagy Ferenc egyetemi tanár 70. születésnapjára. Szerk. (Homoki-Nagy Mária) Szegedi Tudományegyetem. Szeged, 2018. p. 244.

According to Article 6 (1) on the right to a fair trial of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on 4 November 1950: “In the determination of [...] any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

According to the case law of the European Court of Human Rights, the requirement of a fair trial is made up of a number of partial rights, one of which is a court decision within a reasonable time. In a criminal case, the period elapsing between the time when suspicion is communicated to the perpetrator and the time when the final court decision is delivered has relevance.

Ensuring timeliness clearly formed the basis of enacting several legal institutions, including the new legal institution, the proportionate prosecutorial motion<sup>6</sup> which I would like to elaborate on below.

## 2 PROPORTIONATE PROSECUTORIAL MOTION

The CPC continues to provide the prosecution service with the right to public prosecution, and it is also a constant directive that the prosecution service prosecutes cases by filing indictments to the court. One of the elements of lawful accusation is the prosecutorial motion seeking imposition of a criminal punishment or measure on the defendant. The normative systems of the former criminal procedure codes also provided for this, but the rule stipulating that “the prosecution service may file a motion even for the term or the length of criminal punishments or measures if the defendant pleads guilty to the crime at the preparatory hearing”<sup>7</sup> is provided for as a new element in the chapter of CPC on the filing of indictments (Chapter LXVIII).

The quoted provisions of law are supplemented by provisions on the course of hearing which aim at preparing for the first instance trial, prescribing that after the beginning of the preparatory hearing, the prosecutor may file a motion for the term or the length of criminal punishment or measure if the defendant pleads guilty to the crime at the preparatory hearing.<sup>8</sup>

Reviewing these provisions of law, the following can be clearly concluded:

a) The purpose of the proportionate prosecutorial motion is that it allows the prosecution service to present its position regarding the specific term and/or length of the criminal

---

<sup>6</sup> Proportionate prosecutorial motion shall mean a prosecutorial motion for the term of punishment that may not be aggravated.

<sup>7</sup> Section 422 (3) of CPC.

<sup>8</sup> Section 502 (1) of CPC

punishment or measure in the given case. Considering its content, this legal instrument can be regarded as a completely new institution in the Hungarian legal system, as the previous criminal procedure codes clearly stated that “the prosecutor may not file a motion for the specific term or length of a criminal punishment or measure”<sup>9</sup>.

Accordingly, the proportionate prosecutorial motion can be submitted at the preparatory hearing at the latest.

b) What aspects should the prosecution service take into consideration when filing a proportionate prosecutorial motion?

The prosecutor in charge of the case must take precisely those factors into account that are relevant for sentencing. Provisions of the Hungarian Criminal Code (hereinafter: “HCC”) are very clear-cut in this regard, as they stipulate that punishment shall be imposed within the framework provided for by the HCC, having in mind its intended objective, consistency with the gravity of the criminal offense, the degree of culpability, the danger the perpetrator represents to society, and with other aggravating and mitigating circumstances, and where a sentence of imprisonment is delivered for a fixed term, the median of the prescribed range of penalties shall be applicable.<sup>10</sup>

Thus, as far as the proportionate prosecutorial motion is concerned, the gravity of the criminal offence and the danger the perpetrator represents to the society are also of key importance, and the determination of the proportionate punishment corresponding to the gravity of the criminal offence – which the legislator has already provided for in the type and range of punishment assigned to the criminal offence in question – may only be sophisticated by the mitigating and aggravating circumstances, including the admission of guilt by the defendant.

It follows from all this, that the prosecution service needs to determine the type and length of the specific sanction, which it considers to be acceptable, when already knowing all the facts of the case found by the investigation, the legal qualification corresponding to it as well as knowing all the circumstances that influence sentencing. The prosecutors drafting the motion should make this assessment and calculation in mind twice: once, without giving, and once, giving due regard to the defendant’s admission of guilt.

In this context, it should also be taken into consideration that the prosecution service may only file an indictment if the prosecutor deciding about the prosecution of the case is fully convinced that a criminal offence has been committed, and its perpetrator is the person subjected to the procedure. Hence, when it comes to indictment, the charges need to be well-grounded and supported to the extent that they would stand in court at

---

<sup>9</sup> Section 315 (2) of Act XIX of 1998

<sup>10</sup> Section 80 Subsections (1)-(2) of HCC

all events. In other words, the admission of guilt by the defendant can no longer be a decisive factor at this stage but could rather express the defendant's remorse. Therefore, its impact can only be minor here compared to the time when the defendant, having been suspected of a crime, confesses to the facts of crime as well as to his/her guilt.

Therefore, the indictment supposing the confession of the accused can contain only to a small extent a less severe sanction than the indictment, which would have been submitted in case of lack of the confession.

c) The applicable rule of the CPC has a dispositive nature that is, the prosecution service is legally not obliged to make a proportionate prosecutorial motion. However the Instruction of the Prosecutor General on the Prosecutorial Activity before the Criminal Court<sup>11</sup> orders that the prosecutor is obliged to submit a motion relating to the term or length of the criminal punishment or measure at the preparatory hearing, if it has not been included by the indictment, and if he/she considers that the motion will facilitate the finishing of the criminal procedure at the preparatory hearing.<sup>12</sup> It should also be noted that the court can establish the guilt of the accused and impose a punishment on him/her even in lack of that kind of prosecutorial motion.

d) The proportionate prosecutorial motion facilitates timely judgement because if the accused has actually committed the crime and finds the sanction presented in the proportionate prosecutorial motion acceptable, he/she will confess the commission of the crime and waive his/her right to the trial. The proportionate prosecutorial motion is actually the „Magna Charta” of the criminals – as Franz von Liszt stated in connection with the criminal norm –, because it protects the accused, that is, the offender since he/she can anticipate that the court cannot impose a more severe sentence than the one included in the indictment or in the prosecutor's motion presented at the preparatory hearing. At the same time, he/she can trust that the court will penalise him/her with less severe legal sanctions than the one expected by the prosecution service. Therefore, within this framework, the acceptance of the proportionate prosecutorial motion, which can be done by making a confession, is the elementary interest of the accused.

e) The question may arise whether in case when a new sentencing factor arises during the preparatory hearing, which would justify a less severe punishment than the one included in the indictment, the prosecution service can correct its original motion to the benefit of the defendant. In the absence of such a prohibiting provision, there is no legal impediment to do so.

Ergo, albeit not numerically but when a new essential mitigating circumstance arises, the prosecutor may declare that he/she considers proportional a less severe punish-

---

<sup>11</sup> 8/2018. (VI.27.) LÚ utasítás

<sup>12</sup> Section 7 (1)

ment to be imposed than the one in the original indictment.

The system works well, which is clearly shown by the statistics<sup>13</sup>:

Year	Number of accused concerned by preparatory hearings <sup>1</sup>	Judgements brought by the court against the accused at preparatory hearings	Judgments brought at preparatory hearings became final at first instance <sup>3</sup>	Judgments brought at preparatory hearings did not become final at first instance <sup>4</sup>
2019	12 370	9 214	8 164	1 050
2020	12 887	8 397	6 667	1 730

### 3 PREPARATORY HEARING

As written previously, the final deadline for filing a proportionate prosecutorial motion is the public preparatory hearing that ensures that the first instance court trial can be held, where in addition to the members of the court, the presence of the accuser and the accused is mandatory.

In civil law systems (i.e. in the European legal systems) the best known form of the preparation of the court trial was the Indictment Chamber. The basic task of the Indictment Chamber – which operated separately from the judicial court hearing the case – was to decide about the legality of the prosecutorial indictment, namely, about the accusation or about the termination of the procedure.

The Indictment Chamber as a legal institution was introduced in Hungary by Act XXXIII of 1896 on criminal proceedings. According to its provisions the prosecution service submitted the indictment to the president of the Indictment Chamber for those delicti (offences) that belonged to the competence of the jury or the tribunal. After that, it had to communicate the indictment with the accused who was allowed to submit an objection against it.

The Indictment Chamber examined the objection in the presence of the representative of the prosecution service, the accused and his/her defense counsel during a non-public hearing, and for reasons determined in the Act, it refused the indictment and terminated the procedure by a final decision or indicted the accused. Afterwards, the case files were referred to the competent court or jury.

The preparation of the main hearing was already the task of the court with jurisdiction, within the framework of which the defendant had to declare whether he/she

---

<sup>13</sup> Database 2019 and 2020 of the Office of the Prosecutor General

wished to present new evidence or choose a defence counsel. After the accused had been questioned, the date for the main hearing was set and the persons concerned were summoned.

In Hungary, Act XIV of 1946 abolished the functioning of the Indictment Chamber, stating that no objection shall be made to the indictment and that the prosecutor shall submit the indictment to the president of the panel that has the right to decide on the merits of the case.

The later acts on criminal procedure entrusted the preparation of the trial at first instance to the single judge or the president of the panel presiding over the case, or to the panel of judges itself.

Under this system, the preparation of the trial can no longer be considered an indictment procedure, as it has already taken place when the indictment was filed.

In previous criminal procedure laws, the preparation for trial had a dual purpose.

a) When the prosecutor filed the indictment, he/she “took a position on the question whether, in his/her opinion, the indicted act constituted a criminal offence, was committed by the person he/she designated and whether there was no obstacle to the prosecution of that person.”<sup>14</sup> However, it is possible that such a prosecutorial position is unlawful. A trial of an accusation that does not meet the legal requirements should not take place in the obvious cases of lack of punishability or culpability.

b) On the other hand, it is in the fundamental interest of all participants of criminal proceedings that the judicial proceedings should end as soon as possible, i.e. that the court should decide on the merits of the indictment. The clear requirement is to ensure in advance that the conditions for the trial are fully met by removing obstacles appearing in the case file. The preparation of the trial at first instance therefore also has a procedural economy function, because it is intended to help the court to decide on the guilt or innocence of the accused on the basis of a single trial.

Thus, the previous criminal procedure laws met these requirements, but did not extend beyond them.

The CPC, of course, includes these guarantees as well, but it also introduces some fundamental innovations.

The prosecutor, by filing an indictment, takes a position on the “guilt” of the accused and on the evidence that proves it. However, after the indictment has been served, the accused and the defence counsel may also express their views on the charges and contribute to the further course of the criminal proceedings at the public preparatory hearing.

---

14 BELOVICS ERVIN-TÓTH MIHÁLY: *Büntető eljárásjog*. Hvg Orac Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 2019. p. 339.

A fundamental novelty of the CPC in the preparation of the trial is therefore that it  
- allows the criminal liability of the accused to be established at the preparatory hearing,

- ensures the concentration of the trial by defining the framework of evidence.

In order to achieve all this, the CPC makes it compulsory to hold a preparatory hearing.

If there is no obstacle to the holding of the preparatory hearing, the prosecutor shall present the substance of the indictment, the prosecution's means of proof and may also submit a motion for the term and/or length of the punishment or measure.

The court then warns the accused that

- he/she may plead guilty at the preparatory hearing and waive his/her right to a trial for the part of the trial to which the plea relates,

- if the court accepts the guilty plea, it does not examine the merits of the indictment and the question of guilt,

- if he/she does not plead guilty in accordance with the indictment, he/she may present his/her defence and evidence at the preparatory hearing and may request that evidence be adduced or excluded, or, if he/she does not do so and the subsequent request is not necessary to clarify the facts, the court may dismiss the request without giving reasons on the merits or, if it is necessary to clarify the facts, impose a fine for the submission of the request in a manner likely to delay the proceedings.

It is clear from this warning that the outcome of the preparatory hearing depends on whether or not the accused pleads guilty.

Accordingly, the accused has the opportunity to plead guilty to the offence stated in the indictment, irrespective of the substantive gravity of the offence on which the proceedings are based. It is also irrelevant whether the case falls within the jurisdiction of a district court or a tribunal of first instance.

The admission must cover the facts as described in the indictment, i.e. the commission of the offence as described in the historical facts and the admission of the substantive guilt. This means that the accused person's confession must be consistent with the facts set out in the indictment as regards the facts relevant to establish criminal liability.<sup>15</sup>

However, it does not constitute an inculpatory confession if the accused states what

---

<sup>15</sup> BELOVIC, Ervin: *Az előkészítő ülés szerepe a 2017. évi XC. törvényben*. In: BONUS IUDEX eds. (Molnár Gábor Miklós-Koltay András) XENIA. Budapest, 2018. p. 40.

happened in harmony with the indictment, but denies his/her substantive guilt, for example by pleading mistake of fact.

Confession (pleading guilty) alone is not relevant for the purpose of making a substantive decision. It can play a procedural role only if the accused person also waives his right to trial. The confession and waiver of the right to trial creates the possibility of a court decision, because it either accepts the defendant's statement of guilt or refuses to accept the confession. The court may base its decision on the defendant's statement, the case file, and the content of the defendant's hearing.

The law also sets out the conditions for the admissibility of a confession, which are the follows:

- the defendant understood the nature of his/her statement and the consequences of its approval,
- there is no reasonable doubt as to the defendant's discernment and the voluntary nature of his/her confession,
- the defendant's confession of guilt is clear and is supported by the case file.

The defendant must therefore be aware of the legal consequences of his/her statement, in particular the fact, that it is probable that no trial will take place or that the merits of the indictment and the question of guilt will not be examined by the court.

The court must refuse to accept the declaration of guilt if there is reasonable doubt as to either the accused's discernment or the voluntary nature of the confession. Concerning the admissibility of the defendant's confession it is also a basic requirement that it should be voluntary, which means, that the accused admits his/her guilt of his/her own free will, regardless of any outside influence.

The accused person's statement shall not be admissible if there is reasonable doubt about with regard to both the discernment and the voluntary nature of the confession. This means that concerns about the discernment or the voluntary nature of the admission do not have to be fully substantiated, it is sufficient that the data in the case file or the interrogation of the defendant appear to justify the concerns of the court.

A further condition is that the accused person's confession of guilt should be uncontroversial, completely unambiguous, and not contradicted by the case file. Referring back to what was said earlier, the very purpose of questioning the defendant at the preparatory hearing is to examine the conditions of the admission of the confession.

These conditions are conjunctive, meaning that the absence of any of them is an obstacle to the admission of the confession. Although the provisions of the CPC – as I have already mentioned –, do not allow the prosecution service to prevent the proceedings from being closed at a preparatory hearing, the existence of those conditions must be examined not only by the court but also by the prosecution service. Therefore, if the

prosecution service considers that any of the conditions are missing, the prosecutor will act correctly if he/she does not file any proportionate prosecutorial motion.

If, on the other hand, the conditions are met, the court may, by an order that cannot be challenged by ordinary appeal, accept the accused's confession of guilt and then interrogate the defendant for the circumstances relevant to the imposition of the punishment. Thereafter, the prosecutor and the defence counsel may also speak, and the court may establish the guilt of the defendant according to the facts of the indictment, and may impose a punishment or a measure against him/her. Only a decision establishing the guilt can be delivered at the preparatory hearing.

According to the provisions of the CPC, if the court has accepted the accused's statement of guilt, it will not examine the merits of the indictment and the question of guilt, and may not impose a more severe punishment or apply a more severe measure than the one proposed by the prosecution service.<sup>16</sup> The court is clearly bound by the facts of the indictment, the obligation to establish guilt and the prohibition of the application of a more severe punishment. The court can not deviate from the legal classification of the indictment in its decision establishing the guilt. The confession of the defendant obviously relates, on the one hand, to the story described in the facts of the indictment and, on the other hand, to its legal classification as determined by the prosecution service. Therefore, the first instance court cannot classify an act as theft that has been assessed by the prosecution service as fraud.

In connection with the possibility of making a confession of guilt by the defendant, the CPC provides that the prosecution service may also file a motion in the indictment for the term or length of the punishment or measure<sup>17</sup>. This prosecutorial motion, as I have already mentioned, is binding for the court to the extent that the court may not impose a more severe punishment or measure than the one proposed by the indictment or the prosecutor after the commencement of the preparatory hearing when he/she outlines the facts of the indictment.<sup>18</sup>

Whenever the case cannot be dealt with at the preparatory hearing, both the defendant and the defense counsel may submit a motion for taking of evidence and other procedural acts that do not affect the merits of the indictment or guilt, as well as a motion for the exclusion of evidence.

Only those evidentiary procedures can therefore be initiated by the accused or the defense counsel which do not affect the historical facts of the indictment and the substantive guilt of the accused. The motion for taking of evidence may, for example,

---

16 Section 565 (2)

17 Section 422 (3)

18 Section 565 (2)

concern aggravating and mitigating factors relating to the imposition of a sentence, but only those which are indifferent to substantive criminal guilt. Thus, the defendant or the defense counsel may request the involvement of an expert in order to prove that the defendant's illness that has occurred in the meantime makes it significantly more difficult to bear the sentence, given that this circumstance has a mitigating effect even if the defendant became disabled for example after the commission of crime. In their motions the defendant and the defense counsel shall indicate individually both the reason and the purpose of the submission of the motion. If either the defendant or the defense counsel requests the exclusion of any evidence, he/she must also state the reasons why he/she consider the evidence inadmissible. In the request for taking of evidence, the defendant and the defense counsel must indicate the fact which the proposed evidence seeks to prove.

If there is no impediment to the trial, the court may then hold it immediately.

This regulation also serves the purpose of procedural economy, as it may occur that the criminal proceedings could not be closed on the merits at the preparatory hearing, but this can still take place on the basis of the trial.

Consequently, it can be concluded that

- the guilty plea is possible in criminal proceedings launched for any criminal offense,

- it is indifferent whether the district court (i.e. local) or the tribunal (i.e. territorial) acts at first instance,

- if the court accepts the defendant's statement of guilt, the judgement could be delivered at the preparatory hearing,

if the prosecution service prosecutes several offenses in one indictment, and the defendant does not admit his/her guilt for all the offenses, the court must decide on the charges on the basis of a trial, but for the offense to which the guilty plea relates, the court must not carry out further evidentiary procedure on the merits of the indictment and the question of guilt,

- in the event of a material set of crimes, i.e. in the case of commission of several offenses, if the confession does not apply to all offenses, the case may be separated if its legal conditions are met; in the absence thereof, however, the case can only be dealt with at a trial.

If the defendant does not admit his/her guilt or admits it, but does not waive his/her right to a trial, or if the court refuses to accept the defendant's statement of guilt, a trial must be held on all accounts. Then only the trial-concentration has a determining role, because, on the one hand, the defendant may indicate in the indictment the facts which he/she accepts as reality, present the evidence on which his/her defense is based, make

a motion to conduct evidence or exclude evidence. Afterwards, the court may hold the hearing immediately or at a later date.

#### **4 CONCLUSIONS**

The new rules on the preparatory hearing have indeed significantly reinterpreted the function of the formerly marginal preparatory hearing, which made it possible to convict the defendant rapidly, in compliance with the requirements of due process.

The proportionate prosecutorial motion contributes significantly to a conviction based on substantive truth. The fact that in two thirds of the cases the judgment is delivered at the preparatory hearing and no trial is required to be held reduces the workload of the court, the prosecution service and the investigating authority and, as a result, it clearly guarantees cost savings. But most of all, it can play a key role in meeting the requirement of timeliness.

All this, however, can only be realized if the defendant accepts the punishment and measure indicated in the prosecutorial motion and waives his/her right to trial. Thus, the defendant cannot be deprived of his/her right to a trial against his/her will. If any of the conditions are missing, the defendant can only be convicted on the basis of a trial.

#### **RESUMO**

Na Hungria, em 2017, o Código de Processo Penal (denominado: CPC) foi recriado. A razão mais importante pela qual havia necessidade de uma codificação era o fato de que às vezes se levava anos desde o cometimento do crime até a acusação do criminoso, fato que teve um efeito extremamente negativo na prevenção geral e especial. Garantir a pontualidade claramente formou a base para a aprovação de vários institutos legais. O propósito da ação de acusação proporcional é que permite aos promotores de justiça que apresentem suas posições em relação ao prazo específico e/ou duração da punição ou medida penal no caso em questão. Se o acusado realmente cometeu o crime e acha a sanção apresentada na ação de acusação proporcional aceitável, ele/ela irá confessar a prática do crime e renunciar ao seu direito a julgamento. Uma novidade fundamental do CPC na preparação do julgamento é que este permite que a responsabilidade criminal do acusado seja estabelecida na audiência preparatória. O acusado tem a oportunidade de se declarar culpado do crime apresentado na acusação, independentemente da gravidade real da infração em que se baseia o processo. De acordo com o previsto no CPC, se o tribunal aceitou a declaração de culpa do acusado, este não irá examinar o mérito da acusação e a questão da culpa, e não pode impor pena mais severa ou aplicar

medida mais severa do que a proposta pelo Ministério Público. As novas regras sobre a audiência preparatória reinterpretaram significativamente a função da antiga audiência preparatória marginal, o que permitiu condenar rapidamente o réu, em conformidade com os requisitos do Devido Processo Legal.

**Palavras-Chave:** Pontualidade dos procedimentos criminais; Ação de Acusação Proporcional; Audiência preparatória; Condenação rápida; Confissão incriminatória do acusado; Renúncia ao direito de julgamento; Concentração de julgamento; Aceitação do Tribunal de confissão de culpa do réu.

## BIBLIOGRAPHY

Jenő, Balogh. **Magyar bűnvádi eljárási jog.** Grill Károly Könyvkereskedése. Budapest: 1901.

Károly, Bárd. **Emberi jogok és büntető igazságszolgáltatás Európában.** Magyar Hivatalos Közlönykiadó, Budapest: 2007.

Mihály, Belovics Ervin-Tóth. **Büntető eljárásjog.** HVG ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest: 2019.

Ervin, Belovics. **Az előkészítő ülés szerepe a 2017. évi XC. törvényben.** Xenia, Budapest: 2018.

Ervin, Belovics. **A büntetőeljárás időszerűsége.** Iurisperitus Kiadó. Szeged: 2016.

Ádám, Békés. **Az egyezség (valóban) új lehetőségei a magyar büntetőeljárásban.** Xenia, Budapest: 2018.

Árpád, Erdei. **Tények is kilátások.** Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest: 1995.

Tibor, Király. **Büntetőeljárási jog Osiris Kiadó.** Budapest: 2003.

Tibor, Király. **Szemelvények ötven év büntetőjogi és más tárgyú tanulmányaiból.** ELTE ÁJK. Budapest: 2005.

Péter, Polt. **Kommentár a büntetőeljárási törvényhez.** Wolters Kluwer, Budapest: 2018.



A JURISDIÇÃO ESPECIAL PARA  
A PAZ NA COLÔMBIA: JUSTIÇA DE  
TRANSIÇÃO SUI GENERIS

*THE SPECIAL JURISDICTION FOR PEACE IN  
COLOMBIA: SUI GENERIS TRANSITIONAL JUSTICE*



# A JURISDIÇÃO ESPECIAL PARA A PAZ NA COLÔMBIA: JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO *SUI GENERIS*<sup>1</sup>

*THE SPECIAL JURISDICTION FOR PEACE IN COLOMBIA:  
SUI GENERIS TRANSITIONAL JUSTICE*

*Diego Fernando Tarapués Sandino*<sup>2</sup>

## RESUMO

A Jurisdição Especial para a Paz faz parte do chamado Sistema Integral de Verdade, Justiça, Reparação e Não-Repetição, sendo o componente de justiça dentro deste sistema holístico de justiça de transição. O seu trabalho principal centra-se na satisfação do direito das vítimas à justiça, e no cumprimento do dever do Estado de investigar e julgar as violações graves dos direitos humanos a partir de uma abordagem restaurativa. Embora faça claramente parte do sistema jurídico e político colombiano, é possível afirmar que a natureza e os objetivos desta instituição vão além dos mandatos nacionais de fazer justiça ordinária e se articulam com a luta internacional contra a impunidade em cenários de macro criminalidade, diferindo, tangencialmente, dos outros órgãos jurisdicionais colombianos por várias características identificadoras próprias.

**Palavras-chave:** Jurisdição especial para a paz; Justiça de transição; Tribunais híbridos; Crimes internacionais; Vítimas.

## 1 INTRODUÇÃO

A criação de um tribunal e de câmaras de justiça após a ocorrência da conduta que lhe foi atribuída, com um mandato temporário e produto de um acordo político, é algo atípico na história institucional colombiana. O mais próximo disto, a nível nacional, tinha sido a criação de algumas Câmaras de Justiça e Paz criadas pela Lei 975 de 2005<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 15/02/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Doutorando e LL.M. da Universidade de Göttingen (Alemanha). Professor na Universidade de Santiago de Cali (Colômbia). Investigador ligado ao CEDPAL (Alemanha). Juiz Assistente da JEP (Colômbia). Bolsista do DAAD. ORCID: 0000-0003-0048-655X.

<sup>3</sup> AMBOS, Kai. Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Bogotá: GTZ, 2010.

Contudo, é de notar-se que estas câmaras foram criadas nos tribunais de justiça em algumas cidades, e fazem parte do sistema judicial tradicional; da mesma forma, os procuradores fizeram parte de uma unidade especial dentro da mesma Procuradoria-Geral<sup>4</sup>. Por outras palavras, essas são experiências que podem ser organicamente diferenciadas, e têm âmbitos jurisdicionais divergentes, uma vez que no modelo estruturado em Justiça e Paz, não foi criada uma jurisdição especial com órgãos próprios e com autonomia administrativa e financeira, nem foi concebida com base no que foi acordado numa negociação entre os atores.

Embora a Jurisdição Especial para a Paz (SJP) se baseie na experiência adquirida com o modelo implementado por meio da Lei de Justiça e Paz e dos orçamentos constitucionais incorporados por intermédio do Acto Legislativo (AL) 01 de 2012, conhecido como o Marco Legal para a Paz, a criação orgânica e institucional da JEP tem as suas raízes em experiências estrangeiras<sup>5</sup>. O seu trabalho principal centra-se na satisfação do direito das vítimas à justiça a partir de uma abordagem restaurativa e não retributiva<sup>6</sup>. Foi criado um tribunal *ex post facto* e *ad hoc* para a JEP investigar e julgar, de forma especializada, certos crimes, que foram cometidos antes da criação do respectivo órgão jurisdicional. Segue-se uma visão geral das principais características do Tribunal de Paz e das Câmaras de Justiça da JEP, com vista a compreender as características específicas da sua concepção institucional.

## 2 A NATUREZA INSTITUCIONAL DA JEP

O seu trabalho principal centra-se na satisfação do direito das vítimas à justiça a partir de uma abordagem restaurativa e não retributiva<sup>7</sup>. O modelo inicial acordado em Havana previa um desenho institucional da JEP, tanto o Tribunal de Paz como as Câmaras de Justiça, mais orientado para as tendências contemporâneas do direito internacional de estabelecer tribunais penais híbridos com uma composição mista de juízes. Contudo, o Acordo Geral de Paz (AGP), assinado em 26 de setembro de 2016, foi submetido a um plebiscito, em 2 de outubro daquele ano, no qual o “Não” foi anulado, e gerou um espaço para renegociação precedido por acordos alcançados com os representantes do sector que ganhou o plebiscito. Este modelo original de tribunal misto com juízes estrangeiros foi o negociado pelas partes do Acordo Parcial sobre Justiça Transitória e Vítimas, al-

---

4 *Ibidem*, p. 38-39.

5 TARAPUÉS, Diego. El sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber estatal de investigar, juzgar y sancionar. In D. Tarapués (Ed.), Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia. Medellín: Dík & USC, 2017. p. 155-185.

6 AMBOS, Kai & ABOUELDAHAB, Susann. ¡La JEP no significa impunidad! Mitos, percepciones erróneas y realidades sobre la Jurisdicción Especial para la Paz. Policy Brief, 4. Bogotá: Capaz & Cedpal, 2020, p. 5.

7 *Ibidem*.

cançado à mesa de negociações em Havana, em setembro de 2015, e que fazia parte do Acordo das Vítimas datado de 15 de dezembro de 2015.

Os tribunais híbridos fazem parte de uma nova geração de tribunais com conotações internacionais<sup>8</sup>, que passaram a ser chamados tribunais penais “internacionalizados”<sup>9</sup>. Estes tribunais caracterizam-se, não só pela sua composição mista onde convergem juízes nacionais e estrangeiros, mas também pelo facto de encontrarem fundamentos jurídicos para a sua constituição e funcionamento, tanto no direito nacional quanto internacional<sup>10</sup>. São tribunais que não decorrem da imposição de organismos internacionais, mas são criados e legitimados a partir de dentro, ou seja, do próprio Estado soberano, mas têm também o apoio inabalável da comunidade internacional, seja de um grupo de países ou de uma organização internacional<sup>11</sup>.

O modelo inicial da JEP foi classificado dentro da mesma categoria que o Tribunal Penal Superior iraquiano e o Tribunal Internacional de Crimes no Bangladesh, uma vez que estes três casos não se baseiam num acordo bilateral com a ONU, ou qualquer organização regional, como é o caso do Tribunal Especial para o Líbano, das Câmaras Extraordinárias no Tribunal do Camboja ou do Tribunal Especial para a Serra Leoa; nem fazem parte de uma administração transitória da ONU, ou de uma organização regional como nos casos de Timor Leste com a ONU e do Kosovo com a União Europeia<sup>12</sup>.

Embora no caso da JEP, a sua formação não tenha tido lugar como inicialmente acordado, com base numa convergência de magistrados nacionais e uma minoria de magistrados estrangeiros, que teria contribuído, significativamente, para a sua natureza de tribunal internacionalizado, uma formação atípica foi, no entanto, mantida por meio da participação de juristas estrangeiros como *amicis*, e com um processo de seleção dos seus membros por um comité composto principalmente por estrangeiros.

Além disso, não se deve ignorar que, entre outras coisas, as normas internacionais fazem parte da lei que deve ser aplicada pela JEP para a classificação jurídica da conduta<sup>13</sup>, que, de acordo com o texto constitucional, deve garantir a “liberdade de escolher um advogado acreditado para exercer em qualquer país”<sup>14</sup> e que o apoio da comunidade internacional à sua criação, implementação e mesmo financiamento e funcionamento administrativo tem sido significativo, uma vez que os recursos que foram utilizados para

8 FITCHTELBERG, Aaron. Hybrid tribunals: a comparative examination. London: Springer, 2015.

9 WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia: Tirant lo blanch, 2011, p. 191.

10 WERLE Gerhard & JESSBERGER, Florian. Principles of international criminal law (3a ed.). Oxford: Oxford University Press, 2014.

11 CARROLL, Caitlin. Hybrid Tribunals are the Most Effective Structure for Adjudicating International Crimes Occurring Within a Domestic State. Law School Student Scholarship Paper, 90, 2013. p. 25-26.

12 AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law: International Criminal Procedure. Oxford: Oxford University Press, 2016, 30-44.

13 AL 01 de 2017, art. 22; Tribunal Constitucional, acórdão C-080 de 2018.

14 AL 01 de 2017, art. 1, parágrafo 1.

a criação da JEP vieram do Fundo Multidoador para o Pós-Conflito (2017) e do Fundo Colômbia na Paz (2017-2018). A este respeito, existem algumas peculiaridades, que devem ser consideradas ao analisar a natureza institucional dos órgãos jurisdicionais, que compõem a JEP e que explicam os traços de identidade específicos que são observados à parte.

## 2.1 A origem negociada da JEP

Em primeiro lugar, deve ter-se em conta que a JEP existe em virtude de um acordo político assinado entre os antigos guerrilheiros das FARC-EP e o Governo colombiano. Este acordo pôs fim ao conflito armado entre as forças regulares do Estado colombiano e este grupo insurgente<sup>15</sup>. Este é um aspecto muito importante que não deve ser ignorado, pelo contrário, deve ser o ponto de partida para a sua compreensão abstrata. Bem, a criação da JEP segue a transição política para a paz, que foi acordada com essa organização, e a sua criação institucional pode ser entendida como uma manifestação clara da *lex pacificatoria*<sup>16</sup>.

Esse processo de transição política pode ser classificado em termos comparativos como um processo de “responsabilização” em termos do seu conteúdo e típico do tipo de “transições democraticamente legitimadas” em termos do procedimento seguido<sup>17</sup>. Em outras palavras, esses não eram modelos impostos de acusação punitiva, nem modelos amnésicos que tendem a tornar as vítimas invisíveis<sup>18</sup>. Pelo contrário, ao abrigo das disposições da “Declaração de Princípios” de 7 de junho de 2014, as partes prestaram atenção, sobretudo, à satisfação dos direitos das vítimas e às disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIH), do Direito Internacional Humanitário (DIH) e do Direito Internacional Penal (DCI).

Esse modelo centrou-se na criação de um sistema abrangente centrado nos direitos das vítimas, no qual, entre outras coisas, não se pode renunciar à perseguição penal dos crimes mais representativos cometidos pelos mais responsáveis, e aqueles que aparecem devem cumprir integralmente um regime de condicionalidade destinado a garantir que contribuem para os mecanismos judiciais e extrajudiciais que compõem o Sistema Integral de Verdade, Justiça, Reparação e Não-Repetição (SIVJRNR)<sup>19</sup>. Isto é para asse-

---

15 PASTRANA, Eduardo. Commentary to article 1. In K. Ambos & G. Cote (Ed.), *Ley de Amnistía: Comentario completo y sistemático* (3-23). Bogotá: Temis, Cedpal, Capaz & KAS, 2019.

16 BELL, Christine. *On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

17 UPRIMNY, Rodrigo. *Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano*. In R. Uprimny *et al.* (Ed.), *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2006, p. 21 e 32.

18 *Ibidem*, p. 24.

19 TARAPUÉS, Diego. *El régimen de condicionalidad como mecanismo judicial para la obtención y conservación de*

gurar o cumprimento das obrigações adquiridas e a satisfação dos direitos das vítimas à verdade, justiça, reparação e não repetição<sup>20</sup>.

A criação da JEP é de facto um pacto político resultante da negociação do “Acordo Parcial sobre as Vítimas do Conflito” de 15 de dezembro de 2015. Este foi o ponto mais difícil da agenda<sup>21</sup>, onde a negociação demorou mais tempo, e foi necessário criar uma comissão especial composta por três delegados de cada uma das partes negociadoras, a fim de construir de forma técnica e consensual o que tinha sido impossível de estruturar à mesa de negociações<sup>22</sup>.

Graças a esse acordo, as FARC-EP comprometeram-se a comparecer perante os tribunais. Contudo, a fim de deporem as suas armas, e serem responsáveis perante o sistema de justiça institucional do Estado, as FARC-EP exigiram politicamente a criação de um juiz natural diferente e preferencial. Também exigiram condições que proporcionassem segurança jurídica para o que foi acordado no ACP. Por esta razão, não só foi criada a JEP, para tratar predominantemente da conduta cometida durante o conflito armado, como também, foi estabelecida a garantia de não extradição como mecanismo judicial, para defender a segurança jurídica e o princípio do juiz natural face a possíveis pedidos de autoridades estrangeiras<sup>23</sup>.

Em relação aos membros da força pública envolvidos em condutas cometidas no quadro do conflito armado, foi decidido que poderiam e deveriam também resolver a sua situação jurídica nesse cenário judicial. Em relação aos agentes do Estado, que não tenham sido membros da força pública, bem como a civis terceiros cuja conduta esteja também relacionada com o conflito armado, foi decidido que poderiam ser sujeitos à JEP, mas numa base voluntária. Por esta razão, a jurisprudência constitucional estabeleceu que a JEP representa “o juiz natural dos antigos combatentes”, devido a tal obrigação de comparecer para as partes envolvidas na guerra<sup>24</sup>.

Contudo, da perspectiva do direito penal, é possível classificar a JEP, não tanto como juiz natural dos ex-combatentes, mas como juiz natural das condutas perpetradas no conflito armado colombiano. Bem, mesmo em casos de aparecimento voluntário de terceiros e de funcionários públicos, que não eram combatentes, só é possível se a conduta estiver direta ou indiretamente relacionada com o conflito armado<sup>25</sup>.

---

beneficios en el sistema integral de justicia transicional. In A. Murillo & D. Tarapués (Ed.), *Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional*, Tomo II. Medellín: Díké & USC, 2020, p. 155-185.

20 AL 01, 2017, secção 8 do art. 5 transitório; Lei 1820, 2016, art. 14, 33 e 50; Lei 1922, 2018, art. 67 e 69; Lei 1957, 2019, art. 20.

21 SÁNCHEZ, Raúl. (Ed.) *Marco normativo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)*. Bogotá: Tirant lo blanc, 2019, p. 15-16.

22 SANTOS, Juan Manuel. *La batalla por la paz*. Bogotá: Planeta, 2019, p. 475-478.

23 AL 01 de 2017, art. 19º transitório. Tribunal para a Paz, Acórdão SRT-AE 030 de 2019.

24 Tribunal Constitucional, Acórdão C-674 de 2017.

25 Tribunal para a Paz, ordem TP-SA 020 de 2018.

## 2.2 O conhecimento preferencial da JEP sobre os crimes cometidos no conflito

Para apoiar o exercício do trabalho judicial confiado à JEP, foi criado o princípio da preferência como orçamento jurisdicional para absorver e concentrar o conhecimento dos casos associados ao conflito armado interno, que anteriormente correspondiam, de forma difusa, a várias autoridades. De acordo com este princípio, a JEP administra a justiça de forma transitória e autônoma, ouvindo

(...) em preferência a todas as outras jurisdições e exclusivamente em relação a condutas cometidas antes de 1º de dezembro de 2016, em virtude de, por ocasião ou em ligação direta ou indireta com o conflito armado, por aqueles que nele participaram, nomeadamente no que diz respeito a condutas consideradas violações graves do direito humanitário internacional ou violações graves dos direitos humanos<sup>26</sup>.

O princípio da preferência é essencial para ativar a competência da JEP, tal como o princípio da complementaridade para o TPI, o princípio da subsidiariedade para a CIDH, ou o princípio da jurisdição universal para um Estado terceiro, que pretenda investigar e processar crimes internacionais que tenham ocorrido em outro Estado. Bem, em nenhum destes cenários judiciais, incluindo o JEP, é possível ouvir diretamente um caso, que se enquadre na jurisdição das autoridades ordinárias, sem primeiro satisfazer os requisitos processuais preliminares que cada um destes princípios exige para ativar o exercício da sua jurisdição.

Referido princípio constitucional é o eixo que suporta o âmbito jurisdicional da JEP, uma vez que é uma jurisdição especializada que funciona na esfera institucional nacional, retirando funções aos juízes tradicionais. Sem o aludido princípio, não haveria clareza ou precisão no que a JEP deve investigar, julgar e resolver, uma vez que é a base para o conhecimento *ad hoc* e *ex post* dos órgãos desta jurisdição. O estabelecimento de tal princípio imperativo, para apoiar o conhecimento dos casos, leva a uma delimitação rigorosa dos fatores jurisdicionais concorrentes, que ativam a natureza preferencial desta jurisdição. Por essa razão, a disposição que cria este princípio implica a demarcação dos critérios que delimitam o âmbito do exercício do princípio *Kompetenz-Kompetenz* pelos tribunais da JEP.

Como resulta claramente do art. 5 da AL 01 de 2017, o conhecimento preferencial

---

<sup>26</sup> AL 01, 2017, art. 5.º transitório.

e exclusivo que a JEP tem sobre as outras jurisdições só são dadas se três condições forem cumpridas: (i) No que respeita à *ratione personae*, a conduta deve ser perpetrada pelos atores que participaram no conflito armado, tendo em conta o universo definido de combatentes e civis sujeitos e aceites no SIVJNRN<sup>27</sup>; (ii) em relação à *ratione temporis*, a conduta deve ter sido cometida durante a existência do conflito armado, considerando como referência temporária a entrada em vigor do AGP, até 1º de Dezembro de 2016, sendo a única excepção os crimes relacionados com o processo de armamento. A única excepção são os crimes relacionados com o processo de armamento<sup>28</sup>; e (iii) no que respeita às *ratione materiae*, estas devem ser condutas causadas, ocasionadas ou relacionadas de forma direta ou indireta com o conflito armado, com especial atenção para as condutas consideradas como violações graves ou violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário<sup>29</sup>.

A esse respeito, o conflito armado constitui o elemento transversal presente nos factores temporais, materiais e pessoais previstos pelo princípio de preferência ao determinar a competência da JEP. A sua ubiquidade explica-se pelo objetivo essencial do SIVJNRN de construir componentes, que permitam esclarecer e superar os acontecimentos do conflito armado colombiano, o que torna a JEP a componente de justiça que deve resolver a situação de direito penal da conduta associada ao conflito.

A avaliação da relação com o conflito armado pode ter lugar em momentos diferentes, não só ativando a jurisdição, mas também concedendo benefícios de uma entidade menor e maior. Por tal razão, o Tribunal para a Paz definiu que, especialmente a relação material com o conflito armado, deve ser avaliada a diferentes níveis de intensidade, de acordo com o estado do processo e das provas<sup>30</sup>.

A JEP invoca o conhecimento exclusivo e preferencial que a Constituição lhe deu com base nesse propósito, que é orientado para a superação, clarificação e determinação das responsabilidades derivadas dos factos produzidos no quadro do conflito armado. Mencionado conhecimento preferencial vai de mãos dadas com a jurisdição dominante da JEP sobre as matérias que admite.

De fato, o texto constitucional também previu a natureza prevalecente do PEC, a fim de estabelecer que os seus tribunais têm uma competência que excede a de qualquer outra instituição. A esse respeito, a Constituição declara: “prevalece sobre os processos penais, disciplinares ou administrativos por conduta cometida por ocasião, por motivo, ou em ligação direta ou indireta com o conflito armado, absorvendo jurisdição exclusiva

---

27 AL 01 de 2017, parágrafo 1 do art. 5 transitório; Lei 1957 de 2019, artigos. 63 e 64.

28 AL 01 de 2017, parágrafo 1 do art. 5; Lei 1957 de 2019, art. 65.

29 AL 01 de 2017, parágrafo 1 do art. 5 e art. 23; Lei 1957 de 2019, art. 62.

30 Tribunal para a Paz, ordem TP-SA 020, 048, 068 e 070 de 2018.

sobre tal conduta”<sup>31</sup>. O âmbito desta prevalência é reproduzido no art. 36 da Lei Estatutária do PEC, embora também incorpore ações fiscais.

Do mesmo modo, o art. transitório 27 da AL 01 de 2017 propõe uma cláusula ultra ativa relacionada com a aplicação prevalecente do AGP, no caso de serem emitidas regras subsequentes, que façam com que os (combatentes ou não combatentes que tenham cometido comportamentos direta ou indiretamente relacionados com o conflito) sejam excluídos da competência da Jurisdição Especial para a Paz, ou resultem na não aplicação da referida jurisdição. Em relação a estas pessoas “o Tribunal Especial para a Paz exercerá a sua jurisdição preferencial nas matérias da sua competência ao abrigo do presente Ato Legislativo”, independentemente de quaisquer regras em contrário no futuro. Supradita cláusula tem sido fortemente apoiada pela jurisprudência constitucional<sup>32</sup>.

Em suma, não só a natureza preferencial e exclusiva da JEP revela um novo cenário de concentração judicial para o conhecimento de toda a conduta relacionada com o conflito armado ao abrigo dos orçamentos (pessoal, temporário e material) estabelecidos no AGP, mas também a natureza prevalecente, tanto funcional como temporária, prova uma estrutura institucional atípica quando comparada com os outros órgãos jurisdicionais colombianos.

### **2.3 O papel dos advogados estrangeiros na formação da JEP**

O desenho inicial da JEP caracterizou-se por uma composição mista semelhante aos tribunais híbridos, que foram recentemente estabelecidos em países como Timor Leste, Camboja, Kosovo, Serra Leoa e Líbano. A esse respeito, o primeiro documento do AGP contemplava a seguinte disposição ao estabelecer a composição do Tribunal de Paz: “20 juízes colombianos devem ser eleitos, além de 4 juízes estrangeiros que servirão nas Seções se solicitados”, especificando que “se o número de juízes for aumentado, o número de juízes estrangeiros será aumentado proporcionalmente”. Do mesmo modo, foi contemplada a participação de juízes estrangeiros nas três Câmaras de Justiça, uma vez que tinha sido acordado que “no que respeita à nacionalidade dos juízes, pode haver até dois juízes estrangeiros por Câmara, a pedido da parte que aparece”<sup>33</sup>.

Além disso, o “Acordo para a Implementação do Parágrafo 23” do “Acordo sobre o Estabelecimento de uma Jurisdição Especial em Tempo de Paz”, de 15 de Dezembro de 2015, reafirmou a dita composição mista do poder judicial, tanto no Tribunal como nas Câmaras de Justiça, e previu ainda a participação de procuradores

---

31 AL 01 de 2017, transitório art. 6, parágrafo 1.

32 Tribunal Constitucional, Acórdão C-674 de 2017.

33 GPA, 2016, p. 143 e seguintes.

estrangeiros, como se segue: “A Unidade de Investigação e Acusação da Jurisdição Especial para a Paz será composta por um mínimo de dezesseis (16) procuradores, dos quais doze (12) serão cidadãos colombianos e quatro (4) serão estrangeiros”. A inclusão de juízes e procuradores estrangeiros na JEP foi solicitada, principalmente, pelas FARC-EP como uma garantia adicional de independência, à qual o Governo não se opôs. Como resultado, ambas as partes consideraram no âmbito da negociação que “a participação de juízes estrangeiros garantiria a compatibilidade da jurisprudência com as normas internacionais”<sup>34</sup>.

Embora a participação institucional de estrangeiros como juízes no Tribunal e nas Câmaras de Justiça a tivesse aproximado da natureza institucional dos tribunais mistos, o desmantelamento destes juízes e procuradores estrangeiros e o reajustamento institucional da JEP, a partir do segundo e último GPA, não esbateu completamente as particularidades jurídicas e institucionais destes novos tribunais associados ao direito internacional. Isto é evidenciado, por exemplo, pela retenção da participação de juristas estrangeiros nos trabalhos da nova jurisdição sob a figura de *amicus curiae*<sup>35</sup>.

Com efeito, o art. transitório 7 do Acto Legislativo 01 de 2017 estabelece que o Tribunal de Paz “terá 4 peritos jurídicos estrangeiros que intervirão” no processo. A respectiva Secção do Tribal “que ouvirá o caso solicitará a intervenção, como *amicus curiae*, de até 2 juristas estrangeiros de reconhecido prestígio”. Isto será feito numa base excepcional e “a pedido de pessoas sujeitas à sua jurisdição ou *ex officio*”. A regra sublinha também que os juristas estrangeiros “atuarão com o único objetivo de fornecer um conceito ou *amicus curiae* sobre o assunto do caso em estudo, a fim de obter elementos de julgamento ou informações relevantes para o caso”. A mesma figura do *amicus* é contemplada na conformação das Câmaras de Justiça que têm “6 juristas peritos estrangeiros”, para realizar o mesmo trabalho e nas mesmas condições que no Tribunal.

A figura do *amicus curiae* é “amplamente reconhecida pelos tribunais (penais) internacionais”, onde o *amici* é caracterizado pela sua participação independente nos processos, fornecendo “informação especializada sobre questões relevantes nos casos em que a sua perícia é necessária”. Isto é feito com o objetivo de “facilitar a apropriação pelos juízes dos tribunais dos elementos de julgamento, informação e avaliações que possam ser necessários para a tomada de qualquer decisão nos seus processos”<sup>36</sup>.

As características especiais desta figura não só no GPA, mas também na reforma constitucional que deu vida ao JEP, sugeriram que essa nova figura cumprisse mesmo

---

34 AMBOS, Kai & ABOUELDAHAB, Susann. Juristas extranjeros en la jurisdicción especial para la paz: ¿un nuevo concepto de *amicus curiae*? In D. Tarapués & A. Murillo (Ed.), *Contribuciones al Derecho Contemporáneo: Derechos Humanos y Justicia Transicional*. Medellín: Diké & USC, 2018. p. 27.

35 *Ibidem*, p. 26.

36 *Ibidem*, p. 28-29.

“um papel quase judicial”<sup>37</sup>. Bem, para além das singularidades relacionadas com a restrição numérica dos *amici*, bem como os requisitos e o processo de seleção destes pelo mesmo Comité de Seleção que selecionou os juízes, havia uma expressão normativa nos segundo e terceiro parágrafos do art. 7 da AL 01 de 2017, que indicava que os juristas estrangeiros “participarão nos debates da Secção ou [Câmara] em que a sua intervenção fosse necessária, nas mesmas condições que os juízes, mas sem direito a voto”.

Dita disposição constitucional habilitou os juristas estrangeiros a participarem nos processos deliberativos e decisórios das secções do Tribunal e das Câmaras nas mesmas condições que os juízes da sessão, com a única excepção de que não tinham direito de voto. Contudo, citado poder dos *amici* foi declarado inconstitucional porque “invade e obstrui o desempenho do trabalho judicial”<sup>38</sup>. Desde essa decisão, os *amici* estão formalmente incluídos no regulamento constitucional, legal e interno da JEP<sup>39</sup>, mas na prática não desempenham o papel que foi previsto no AGP.

## 2.4 O processo de seleção de altos funcionários da JEP

A composição dos órgãos jurisdicionais da JEP difere, significativamente, da dos outros tribunais ordinários de justiça na Colômbia devido à forma especial como não só os seus juízes e *amici* foram selecionados, mas também o diretor da Unidade de Investigação e Acusação e o chefe do Secretariado Executivo. O processo de criação tanto da JEP quanto de toda a SIVJRN envolveu a concepção de um Comité de Seleção misto com membros nacionais e internacionais por via do Decreto-Lei 587 de 2017, que seguiu as orientações dadas pelo parágrafo 1º, do art. 7, da AL 01 de 2017, para a seleção de altos funcionários da JEP, os membros da Comissão para o Esclarecimento da Verdade e o diretor da Unidade para a Pesquisa de Pessoas Desaparecidas.

Mencionado Comité de Seleção desempenhou um papel transitório, autônomo e independente e foi constituído por três membros estrangeiros (um argentino, um espanhol e um peruano) e dois colombianos, o que revelou uma representação significativa de atores da comunidade internacional no processo de criação da JEP. O art. 2º do decreto acima reportado estabelece que os membros deste comité serão nomeados por (i) a Câmara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça da Colômbia, (ii) o Secretário-Geral das Nações Unidas, (iii) a Comissão Permanente do Sistema Universitário Estatal, (iv) o Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e (v) a delegação na Colômbia

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>38</sup> Tribunal Constitucional, Acórdão C-674 de 2017.

<sup>39</sup> AL 01 de 2017, art. transitório 7; Lei 1957 de 2019, art. 98-101 e 108; Regulamento Interno da JEP, Acordo ASP 01 de 2020.

do Centro Internacional para a Justiça Transitória (ICTJ).

Partindo do modelo tradicional de seleção por cooptação, pelo qual são escolhidos os juízes do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho de Estado, bem como do procedimento especial de seleção de juízes do Tribunal Constitucional pelo Senado, o Comitê de Seleção realizou os seus trabalhos no âmbito de um processo transparente realizado com base num concurso público e graças à utilização de meios tecnológicos inclusivos de consulta e participação. Além disso, este processo de seleção foi condicionado pelo fato de cada seleção ter de ser feita por uma “maioria de 4/5 dos membros participantes na votação”, a fim de promover a procura do consenso<sup>40</sup>.

## 2.5 A estrutura autônoma e integral da JEP

Para além da criação de um tribunal ou câmaras especializadas, o acordo em Havana estabeleceu toda uma jurisdição autônoma, *ad hoc* e *ex post facto*, para resolver a situação legal criminal dos antigos combatentes; também para investigar, julgar e determinar a responsabilidade criminal individual pelas mais graves violações dos direitos humanos, que tinham ocorrido em meio século de guerra na Colômbia. Em conformidade com a AL 01 de 2017, a JEP tem o seu próprio regime jurídico com autonomia administrativa, orçamental e técnica, e todos os seus órgãos administram a justiça de forma transitória e autônoma.

Além disso, a JEP é orientada por objetivos constitucionais que visam a (i) satisfazer o direito das vítimas à justiça; (ii) oferecer a verdade à sociedade colombiana; (iii) proteger os direitos das vítimas; (iv) contribuir para a consecução de uma paz estável e duradoura; e (v) adotar decisões que proporcionem total segurança jurídica àqueles que participaram direta ou indiretamente no conflito armado interno<sup>41</sup>.

Na esfera judicial, a JEP foi incumbida de três missões funcionais: acusação, jurisdição e monitorização (TRIBUNAL PARA A PAZ, Acórdão TP-SA-SENIT 01 de 2019). De acordo com a jurisprudência constitucional, cada uma destas funções tem um limite de tempo. A cerca disso, o Tribunal observa que o art. 15º transitório estabelece que “o prazo para a função acusatória é de 10 anos a partir do início efetivo do funcionamento de todas as secções e secções do PEC, e o da função jurisdicional é de cinco anos adicionais, prazo que pode ser prorrogado por lei, a pedido dos juízes, e que a Secção de Estabilidade e Eficácia pode ser constituída a qualquer momento”<sup>42</sup>. Os mesmos termos estão previstos na Lei Estatutária sobre a Administração da Justiça do PEC, que também

40 Decreto 587 de 2017, art. 6.

41 AL 01 de 2017, art. de transição 5.

42 Tribunal Constitucional, Acórdão C-674 de 2017.

especifica que “a conclusão das funções e objetivos da missão do PEC, em qualquer das suas câmaras ou secções, não pode exceder 20 anos”<sup>43</sup>.

Sobre isso, a JEP não pode ser entendida como uma empresa da mesma forma que os tribunais superiores como o Tribunal Constitucional, o Conselho de Estado ou o Supremo Tribunal de Justiça são ouvidos a nível nacional, ou a nível internacional, o Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem ou o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A JEP é um pouco maior e mais estruturado do que uma empresa, representando uma jurisdição completa que reúne um grupo de organismos, em que o Tribunal para a Paz atua como um tribunal superior, sendo a mais alta instância desta jurisdição, e atuando como o órgão judicial de encerramento<sup>44</sup>. Isto foi expressamente declarado na jurisprudência constitucional, que sublinha que “o JEP não é uma empresa, mas uma jurisdição com diferentes órgãos, cujo órgão final é o Tribunal para a Paz e tem características especiais atribuídas pelo Acto Legislativo 01 de 2017”<sup>45</sup>.

Assim, os órgãos jurisdicionais da JEP são chefiados pelo Tribunal de Paz, que, além de ser o tribunal superior de jurisdição, é o único responsável pela adjudicação por meio das suas quatro secções<sup>46</sup>. Duas destas secções são de primeira instância e o seu conhecimento varia consoante as partes tenham ou não reconhecido a sua responsabilidade, o que por sua vez determina o tipo de julgamento a ser conduzido através de procedimentos dialógicos ou contraditórios, respectivamente<sup>47</sup>.

Uma Secção de Revisão à qual foi atribuído um conjunto particular de funções, tais como a resolução de conflitos de jurisdição no seio da JEP, ou a resolução de pedidos de garantias de não extradição, mas que concentra sobretudo o seu trabalho nos procedimentos judiciais de revisão das penas, e na substituição das penas específicas do SIVJR-NR, em casos de condenação por conduta criminosa não condenável ou não praticável<sup>48</sup>.

Existe também uma Divisão de Recursos que serve como segunda instância das Câmaras de Justiça e Secções do Tribunal. Além disso, esta seção foi legalmente encarregada da tarefa de encerrar a JEP<sup>49</sup>. Finalmente, o Tribunal de Paz é encarregado de cumprir e fazer cumprir as decisões judiciais tomadas pelo JEP por intermédio da Seção de Estabilidade e Eficácia ainda não instalada<sup>50</sup>.

Juntamente com o Tribunal de Paz, a JEP é constituída por três outros tribunais independentes: a Câmara para o Reconhecimento da Verdade, Responsabilidade e De-

---

43 Lei 1957 de 2019, art. 34.

44 AL 01 de 2017, transitório art. 7, parágrafo 2; Lei 1957 de 2019, art. 90.

45 Tribunal Constitucional, Acórdão C-080 de 2018.

46 AL 01 de 2017, transitório art. 7, parágrafos 1 e 2; Lei 1957 de 2019, art. 91.

47 Lei 1957 de 2019, artes. 92-93.

48 Lei 1957 de 2019, art. 97.

49 Lei 1957 de 2019, artes. 25 e 96.

50 Lei 1957 de 2019, art. 91.

terminação de Fatos e Comportamento, a Câmara de Anistia ou Perdão e a Câmara para a Definição de Situações Jurídicas<sup>51</sup>. Estas três câmaras foram criadas para ajudar a resolver a situação jurídica dos arguidos, embora não lhes tenham sido atribuídas quaisquer funções de julgamento<sup>52</sup>. Por referida razão, as Câmaras de Justiça não emitem sentenças, mas avançam o seu trabalho de definição de situações jurídicas através de resoluções judiciais.

Tal como estabelecido pela Constituição, essa nova jurisdição não é apenas constituída pelo poder judicial, mas também pela Unidade de Investigação e Ação Penal, que é o órgão responsável pela realização de investigações judiciais, e pelo avanço do exercício da ação penal no seio da JEP. Esta unidade reúne uma equipe de procuradores e investigadores sob a responsabilidade de um diretor, que atua como procurador-geral da JEP e é autônomo na formação da sua equipe e no desempenho das suas funções<sup>53</sup>.

O Conselho também tem um Secretariado Executivo, que não é considerado um órgão, mas sim uma instituição constituinte do Conselho<sup>54</sup> e é responsável pela administração, gestão e execução dos seus recursos. O Secretariado Executivo reúne um grupo de funcionários administrativos que, para além de gerirem a administração da JEP, coordenam o sistema de defesa pública e facilitam a comunicação com as vítimas<sup>55</sup>.

Apesar da pluralidade de órgãos constitucionais que convergem na JEP com funções diferentes e autônomas, dita jurisdição é representada externamente por uma única pessoa que é o presidente da JEP<sup>56</sup>. O juiz que assume a presidência temporária de 2 anos da JEP não só representa o Tribunal de Paz, mas também todo o conjunto de instituições constitucionais que compõem a JEP. Esta jurisdição tem também um órgão diretivo, que é um órgão colegial para tomar as principais decisões administrativas de toda a jurisdição, e é composto por representantes de cada um dos órgãos e instituições acima mencionados<sup>57</sup>.

Para além desses organismos e instituições de origem constitucional, a Lei Orgânica sobre a Administração da Justiça da JEP prevê a criação do Comité de Coordenação do SIVJNRN, que também é regulado pelo Regulamento Interno da JEP<sup>58</sup>. Além disso, no âmbito da autonomia administrativa, orçamental e técnica conferida pela Constituição, a JEP concebeu um conjunto de dependências e órgãos colegiados criados por regulamento. Estas são: o Grupo de Análise da Informação e o seu Comité Diretor, o Secreta-

---

51 Lei 1957 de 2019, arts. 79, 81 e 84.

52 AL 01 de 2017, parágrafos 1 e 3 do art. 7.º transitório.

53 AL 01 de 2017, transitório art. 7, parágrafos 1 e 5.

54 Lei 1957 de 2019, art. 72.

55 AL 01 de 2017, transitório art. 7, parágrafos 1 e 9.

56 AL 01 de 2017, transitório art. 7, parágrafo 1.

57 Lei 1957, art. 110.

58 Lei 1957 de 2019, art. 155; Regulamento Interno do PEC, Acordo 01 de 2020.

riado Judicial, o Gabinete do Relator, bem como as Comissões de Execução da Política Territorial e Ambiental, Étnica, de Género, de Participação e de Transição da Justiça<sup>59</sup>.

## 2.6 A localização institucional da JEP fora do poder judiciário

É de notar-se que a JEP foi configurada como uma jurisdição especial e autônoma fora do sistema judicial tradicional. Ao contrário do modelo concebido pela Lei de Justiça e Paz, a JEP está fora do ramo judicial do governo, um componente da arquitetura constitucional que reúne as várias jurisdições existentes na Colômbia: justiça ordinária, contencioso-administrativa, constitucional e especial para as comunidades indígenas. A única exceção até à data tem sido a jurisdição penal militar, que está ligada ao poder executivo.

De fato, a JEP faz parte do sistema político do Estado Colombiano dentro de uma estrutura institucional independente e temporária, na qual a SIVJNR é construída como um todo. Esse sistema é alheio a qualquer autoridade pública existente e foi incorporado mediante um título transitório na Constituição. A especificidade da localização institucional desta jurisdição, os seus objetivos e a forte autonomia e independência, que a ordem constitucional lhe conferiu, realçam ainda mais os aspectos diferenciadores dos órgãos jurisdicionais da JEP em relação a outros tribunais nacionais. Pelas razões acima referidas, a jurisprudência constitucional especificou que a AL 01 de 2017 “não só alterou *ex post* o esquema regular de distribuição de poderes jurisdicionais, mas também, ao fazê-lo, transferiu os seus poderes para um órgão criado *ex post* e *ad hoc*, separado do poder judicial, e estruturado com base em objetivos e princípios diferentes dos que deram origem ao Poder Judiciário na Constituição”<sup>60</sup>.

## 2.7 A forma atípica com que a JEP realiza o seu trabalho jurisdicional

Para além dessas características institucionais da JEP, deve ser acrescentado um aspecto relevante em relação ao seu trabalho judicial. No que diz respeito à audiência dos processos da sua competência, o tratamento dos processos não tem início, nem é realizado sob a tradição processual do exercício da ação penal pelo Ministério Público *ex officio*, ou por este último após a audiência dos *notitia criminis* através de denúncia, queixa ou pedido especial, como é o caso da justiça penal ordinária<sup>61</sup>. Isto foi indicado pela jurisprudência constitucional, que salienta que a JEP “não recebe nem processa queixas individuais”<sup>62</sup>.

59 Regulamento Interno da JEP, Acordo 01 de 2020, arts. 73, 79, 84 e 104 e seguintes.

60 Tribunal Constitucional, Acórdão C-674 de 2017.

61 Lei 600 de 2000, arts. 26 e seg.; Lei 906 de 2004, arts. 66 e seg.

62 Tribunal Constitucional, Acórdão SU-139 de 2019.

Pelo contrário, os casos destinados a determinar a responsabilidade criminal começam por intermédio de um processo sofisticado e complexo, em que vários órgãos da JEP interagem, tais como a Câmara para o Reconhecimento da Verdade, Responsabilidade e Determinação de Fatos e Comportamentos, a Unidade de Investigação e Acusação e o Tribunal de Paz. A forma como a JEP realiza o seu trabalho jurisdicional destinado a julgar a conduta faz parte da atividade judicial realizada pela Câmara de Reconhecimento, que desempenha um papel muito semelhante ao de uma Câmara de Pré-Julgamento num tribunal penal internacional.

As funções desta Câmara centram-se em decidir se a conduta atribuída se enquadra na jurisdição do sistema. Também recebe e agrupa relatórios de certas entidades estatais e de organizações de vítimas e de direitos humanos, recebe declarações de verdade e reconhecimento, e depois decide se deve emitir uma decisão sobre as conclusões. Os casos incluídos na resolução de conclusões são julgados por meio do princípio dialógico que rege os processos da Seção de Primeira Instância com Reconhecimento do Tribunal para a Paz<sup>63</sup>. Em alternativa, essa Câmara pode remeter a conduta não reconhecida para a UIA, de modo a que os seus procuradores possam instaurar um processo penal e apresentar as respectivas acusações num processo contraditório perante a Seção de Julgamento sem Reconhecimento do Tribunal<sup>64</sup>.

## 2.8 O direito internacional aplicável na JEP

Finalmente, deve ser especificado que as fontes normativas para a qualificação jurídica das condutas de conhecimento desta jurisdição partem, não só do direito nacional, mas também, inclui o Direito Internacional relativo às regras e princípios contidos no DIH, no DIH e no DPI. Tais instrumentos internacionais procuram proteger e materializar eficazmente os direitos humanos até ao nível da responsabilidade individual<sup>65</sup>, o que contribui para o trabalho de garantia jurisdicional dos direitos tanto das partes no processo como das vítimas, uma vez que existe um conjunto mais amplo de normas, ajustadas à evolução internacional, o que implica a aplicação favorável das disposições normativas nacionais e internacionais que fazem parte do bloco de constitucionalidade.

A Constituição estabelece o poder dos juízes para classificar a conduta de que estão conscientes, remetendo para o direito internacional:

---

63 COTE, Gustavo. El carácter dialógico del proceso con reconocimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: retos del derecho penal en contextos de justicia transicional, *Vniversitas*, 69, 2020, p. 1-30.

64 AL 01 de 2017, art. 15º transitório; Lei 1922 de 2018, art. 27-27d; Lei 1957 de 2019, art. 78-80.

65 AMBOS, Kai. Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal. *Fundamentos de derecho penal internacional*. San José: EJC, 2014, p. 100-102.

Ao adotar as suas resoluções ou sentenças, a JEP deve fazer uma classificação jurídica do sistema no que respeita à conduta que constitui o seu objeto, uma classificação que deve basear-se no Código Penal Colombiano e/ou nas normas do Direito Internacional na área dos Direitos Humanos (DIH), do Direito Internacional Humanitário (DIH) ou do Direito Internacional Penal (DCI), sempre com a aplicação obrigatória do princípio da favorabilidade<sup>66</sup>.

Essa mesma cláusula encontra-se no art. 23 da Lei 1957 de 2019, que se refere à lei aplicável pelo Tribunal para a Paz, pelas Câmaras de Justiça e pela Unidade de Investigação e Acusação. Esta disposição estatutária retoma as disposições do texto constitucional, acrescentando no seu segundo parágrafo que a qualificação “pode ser diferente da anteriormente feita pelas autoridades judiciais, disciplinares ou administrativas para a qualificação de tal conduta, uma vez que o direito internacional é entendido como aplicável como o quadro jurídico de referência”. Isto foi endossado pela jurisprudência constitucional<sup>67</sup>.

Para além do papel desempenhado pelo direito internacional no direito substantivo aplicável à JEP para a classificação jurídica, as regras processuais desta jurisdição estabelecem na sua cláusula de remessa que todos os procedimentos perante a JEP relativos a vítimas de violência baseada no gênero, especialmente violência sexual, devem proceder “em conformidade com as disposições do bloco de constitucionalidade”, bem como “o Regulamento Interno e a Prova do Estatuto de Roma”<sup>68</sup>. Com isto, a Lei 1922 de 2018 estabelece a possibilidade de referência a regras processuais e probatórias que fazem parte dos DPI a serem aplicadas nos processos que são levados a cabo na JEP.

Contudo, a aplicação direta e autônoma do direito internacional para a qualificação jurídica pode ser problemática, quando se trata de processos dirigidos para a determinação da responsabilidade criminal, devido ao fato da sua utilização direta - sem adaptação ou articulação jurídica à ordem penal colombiana - poder gerar efeitos sobre os princípios da legalidade e tipologia. Isto foi levantado na jurisprudência e doutrina, por exemplo, contra a utilização retroativa da figura de responsabilidade do comando<sup>69</sup>.

---

66 AL 01 de 2017, parágrafo 7 do art. 5.

67 Tribunal Constitucional, Acórdão C-080 de 2018.

68 Lei 1922 de 2018, art. 72.

69 Tribunal Constitucional, Acórdão C-674 de 2017; COTE, Gustavo. La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional. *Nuevo Foro Penal*, 92, 2019. p. 153-199.

### 3 CONCLUSÕES

O Tribunal para a Paz e as Câmaras de Justiça da JEP são órgãos jurisdicionais criados a partir de um rico e progressivo patrimônio nacional e internacional na estruturação de instituições, que procuram processar as mais graves violações dos direitos humanos e violações do DIH. Neste contexto, a JEP constitui o primeiro corpo de justiça acordado para ultrapassar um conflito armado de caráter não internacional que foi criado após a entrada em vigor do Estatuto de Roma. O desenho da JEP tem sido inovador em termos de engenharia constitucional devido à sua complexa e atípica estrutura institucional, na qual o Tribunal de Paz, sem ser estritamente um tribunal híbrido, está mais próximo em termos estruturais, institucionais e funcionais deste tipo de tribunal do que dos tribunais ordinários do sistema judicial colombiano.

Devido às particularidades da negociação e à forte influência dos desenvolvimentos dados pelo direito internacional, esse foi o primeiro cenário de pacificação que a Colômbia teve, no qual as normas internacionais foram consideravelmente atendidas, visando não só à perseguição penal dos crimes mais representativos e, especialmente, dos mais responsáveis, mas também a concessão mais ampla de anistia sob um modelo rigoroso de perdões de responsabilidade e de condições.

Dentro deste sistema abrangente e holístico de justiça de transição, o regime de condicionalidade torna-se o principal prisma jurídico por via do qual todas as componentes judiciais e extrajudiciais do SIVJRNR, do qual a JEP é parte, são vistas. Este regime é uma garantia jurisdicional para a realização efetiva dos direitos das vítimas à verdade, justiça, reparação e não repetição.

A JEP não faz justiça apenas aos colombianos, mas também responde a um mandato supranacional e ao dever de processar crimes acordados pela comunidade internacional, que ofendem a raça humana e não os nacionais de um único país. Embora os crimes que persegue tenham sido perpetrados na Colômbia, e tenham afetado principalmente os colombianos, chocam e preocupam todos os membros do sistema universal de proteção dos direitos humanos e suscitam a solidariedade de diferentes nações. A tal ponto que vários Estados apoiaram e financiaram a implementação da JEP. Além disso, em vários fóruns internacionais - incluindo o Conselho de Segurança das Nações Unidas - foram feitos diferentes pronunciamentos a favor do processo de paz colombiano e da implementação da JEP.

Se supraditos crimes não forem investigados, ou julgados neste organismo nacional, podem chegar a cenários internacionais ou estrangeiros, onde o conhecimento dos mesmos poderia ser reclamado. Ou devido à complementaridade que pode ser ativada pelo Tribunal Penal Internacional ou porque um terceiro Estado, em virtude do princípio de

jurisdição universal, o considera. No âmbito do sistema judicial internacional, a JEP representa sem dúvida uma instituição da ordem nacional que foi criada para que o Estado territorial (ao primeiro nível) possa abordar de forma especializada, preferencial e prevalecte esta tarefa de julgar os crimes mais representativos que ocorreram no conflito.

Em suma, a JEP procura imitar o trabalho dos tribunais internacionais e mistos na tarefa de julgar os crimes mais representativos, que ocorreram no conflito armado colombiano no quadro da luta universal contra a impunidade. Aludida jurisdição reúne um conjunto de organismos *sui generis* à luz do direito nacional e internacional, que deslocam o sistema de justiça comum, que teve jurisdição sobre estas matérias até 1º de dezembro de 2016, a partir do conhecimento da conduta associada ao conflito.

## **THE SPECIAL JURISDICTION FOR PEACE IN COLOMBIA: SUI GENERIS TRANSITIONAL JUSTICE**

### **ABSTRACT**

The Special Jurisdiction for Peace is part of the Comprehensive System of Truth, Justice, Reparation and Non-Repetition; it is the justice element within this holistic transitional justice system. Its primary function is enforcing victims' right to justice and fulfilling the State's duty of investigating and determining serious human rights violations from a restorative rather than a retributive approach. Although it is part of the Colombian legal and political system, one could state that the nature and aims of this institution go beyond the national mandates of ordinary justice and complement the international struggle against impunity in macro-crime situations, thus marking a considerable difference with the other Colombian jurisdictional bodies because of its core features.

**Keywords:** Special jurisdiction for Peace; Transitional justice; Hybrid courts; international crimes; Victims.

### **REFERÊNCIAS**

AMBOS, Kai & ABOUELDAHAB, Susann. Juristas extranjeros en la jurisdicción especial para la paz: ¿un nuevo concepto de *amicus curiae*? In D. Tarapués & A. Muriillo (Ed.), **Contribuciones al Derecho Contemporáneo: Derechos Humanos y Justicia Transicional**. Medellín: Díké & USC, 2018. p. 25-46.

AMBOS, Kai & ABOUELDAHAB, Susann. **¡La JEP no significa impunidad! Mitos,**

**percepciones erróneas y realidades sobre la Jurisdicción Especial para la Paz.** Policy Brief, 4. Bogotá: Capaz & Cedpal, 2020.

AMBOS, Kai. **Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional.** Bogotá: GTZ, 2010.

AMBOS, Kai. **Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal. Fundamentos de derecho penal internacional.** San José: EJC, 2014.

AMBOS, Kai. **Treatise on International Criminal Law: International Criminal Procedure.** Oxford: Oxford University Press, 2016.

BELL, Christine. **On the law of peace: peace agreements and the lex pacificatoria.** Oxford: Oxford University Press, 2008.

CARROLL, Caitlin. **Hybrid Tribunals are the Most Effective Structure for Adjudicating International Crimes Occurring Within a Domestic State.** Law School Student Scholarship Paper, 90, 2013. p. 1-30.

COTE, Gustavo. La responsabilidad por el mando en el Acuerdo de Paz firmado por el Gobierno Colombiano y las FARC-EP: un análisis sobre la base del caso Bemba de la Corte Penal Internacional. **Nuevo Foro Penal**, 92, 2019. p. 153-199.

COTE, Gustavo. El carácter dialógico del proceso con reconocimiento de responsabilidad ante la Jurisdicción Especial para la Paz: retos del derecho penal en contextos de justicia transicional, **Vniversitas**, 69, 2020. p. 1-30.

FITCHTELBERG, Aaron. **Hybrid tribunals: a comparative examination.** London: Springer, 2015.

PASTRANA, Eduardo. Commentary to article 1. In K. Ambos & G. Cote (Ed.), **Ley de Amnistía: Comentario completo y sistemático (3-23).** Bogotá: Temis, Cedpal, Capaz & KAS, 2019.

SÁNCHEZ, Raúl. (Ed.) **Marco normativo de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).** Bogotá: Tirant lo blanc, 2019.

SANTOS, Juan Manuel. **La batalla por la paz.** Bogotá: Planeta, 2019.

TARAPUÉS, Diego. El sistema integral de justicia transicional y sus mecanismos para satisfacer el derecho a la justicia de cara al deber estatal de investigar, juzgar y sancionar. In D. Tarapués (Ed.), **Justicia transicional, reforma constitucional y paz: reflexiones sobre la estrategia integral de justicia transicional en Colombia.** Medellín: Díké & USC, 2017. p. 155-185.

TARAPUÉS, Diego. El régimen de condicionalidad como mecanismo judicial para la obtención y conservación de beneficios en el sistema integral de justicia transicional. In A. Murillo & D. Tarapués (Ed.), **Estudios sobre derecho penal, constitucional y transicional**, Tomo II. Medellín: Díké & USC, 2020. p. 155-185.

UPRIMNY, Rodrigo. Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales,

formas de justicia transicional y el caso colombiano. In R. Uprimny *et al.* (Ed.), **¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2006.

WERLE Gerhard & JESSBERGER, Florian. **Principles of international criminal law** (3ª ed.). Oxford: Oxford University Press, 2014.

WERLE, Gerhard. **Tratado de Derecho Penal Internacional**. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

NEM SOLUÇÃO NEM DECISÃO:  
HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS

*NO SOLUTION NOR DECISION:  
HEURISTICS AND COGNITION BIASES*



# NEM SOLUÇÃO NEM DECISÃO: HEURÍSTICAS E VIESES COGNITIVOS<sup>1</sup>

## *NO SOLUTION NOR DECISION: HEURISTICS AND COGNITION BIASES*

*Rejane Zenir Jungbluth Suxberger<sup>2</sup>*

### RESUMO

A tomada de decisão nos casos de violência doméstica é determinada pela apresentação do problema e, igualmente, pelo modo como o problema é entendido. O juiz, na qualidade de destinatário da prova, traz consigo suas crenças e convicções em decorrência do campo em que se situa e, por isso, pode exercer forte influência sobre a reelaboração narrativa dos fatos ocorridos no passado e apresentados a partir da produção probatória em juízo. O artigo problematiza o uso epistemológico das provas e sustenta a importância do diálogo com ferramentas extrajurídicas, como as produzidas pela Psicologia, por meio das heurísticas, no exame diferenciado e valoração das provas dos processos que envolvem questões de gênero. Metodologicamente, o artigo se vale de estudo de caso e análise documental, consistente no exame de caso no qual o Ministério Público concluiu pelo arquivamento da notícia de crime e o Judiciário assim acolheu, determinando o arquivamento do caso. O artigo conclui pela necessidade de superar heurísticas que se articulam nos estereótipos como atalhos cognitivos. Alerta para o risco de as instituições do sistema de justiça deixarem de ser instrumento de resposta adequada ao enfrentamento da violência contra a mulher.

**Palavras-chave:** Epistemologia da prova; Gênero; Heurísticas; Violência doméstica e familiar contra a mulher.

### 1 INTRODUÇÃO

A análise de provas no processo penal sempre foi um tema inquietante para os que atuam no sistema penal. Uma gama de lições, técnicas e dogmas tem sido reproduzida

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 12/01/2022. Data de Aceite: 11/04/2022.

<sup>2</sup> Juíza de direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito pelo UniCeub/DF. Doutoranda em Gênero e Igualdade pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilla/Espanha. ORCID: E-mail: rejane.jungbluth@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0224635899985725>.

todos os dias como auxílio na tomada de decisões. No processo judicial, a busca pela verdade é ansiada. A verdade-humana, ou seja, a verdade possível, deverá ser exteriorizada e provada, mas, na prática, o que se observa é um elevado número de obstáculos, e o provado nem sempre significa verdade ou, o que é pior, justiça. O máximo que se consegue é uma verdade relativa, aproximada e histórica (LOURENÇO, 2018, p. 350). Além disso, a natureza interdisciplinar da atividade cognitiva, extensível à tarefa judicante, exige compreensões no campo da epistemologia e da Psicologia (TARUFFO, 2010).

O processo penal, ao atribuir a alguém um fato definido como crime, é legitimado a aplicar uma sanção, exteriorizando o exercício de um poder. Desse modo, as escolhas técnicas são frutos de uma orientação política e de escolhas de valor (BADARÓ, 2018, p. 45). A prova em direito processual penal, como sói ocorrer em países do *civil law*, não pode ser estudada apenas sob a perspectiva geral, ou seja, unicamente dos imperativos epistemológicos. Todavia, isso não significa que o jurídico e o epistemológico não possam interagir. Em razão das particularidades da atividade probatória penal, o resultado dessa valoração será sempre contextual, se referindo a um determinado conjunto de elementos de juízo em que a livre valoração será livre apenas no sentido de que não está sujeita a normas jurídicas predeterminadas quanto ao resultado dessa valoração (FERRETER BELTRÁN, 2007, p. 45).

Não se discute que o juiz, para valorar a prova, deve conhecer a ciência jurídica e saber interpretar a lei a partir do debate travado entre as partes, de modo que possa exarar sua decisão (ANDRADE, 2019, p. 508). Entretanto, isso é suficiente para um adequado exercício da função jurisdicional? É suficiente, ainda mais, quando se trata de violência doméstica? Esse exame é feito do mesmo modo que o feito nos processos criminais em geral? Como proceder à análise valorativa probatória em se tratando de processos que demandam perspectiva de gênero? O sistema de Justiça olha a mulher com desconfiança e acaba colocando-a ainda mais em risco (SUXBERGER, 2018).

O presente artigo examinará, em um primeiro momento, o uso epistemológico na análise das provas. Em seguida, demonstrará a importância do diálogo da epistemologia com ferramentas extrajurídicas, como as produzidas pela Psicologia, por meio das heurísticas, no exame diferenciado e valoração das provas dos processos que envolvem questões de gênero. Por fim, elegemos uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios como caso exemplificativo e, propriamente, um estudo de caso em que se questiona a análise de provas a partir das referências das abordagens ora realizadas. A escolha do estudo de caso ocorre em razão do fato de as decisões judiciais sobre a violência doméstica integrar o cotidiano de diversos profissionais do Direito, como no caso da investigadora e juíza de Direito.

O referencial teórico que lastreia o presente trabalho é a epistemologia probatória de Michele Taruffo e Jordi Ferrer Beltrán. Ao analisar o processo epistemológico de construção do convencimento judicial, ter-se-á condições de afirmar como verdadeira a palavra da vítima, não obstante seja essa a única prova dos autos. Com a análise da ciência, sobretudo das heurísticas na Psicologia, será possível avaliar a importância da perspectiva de gênero na valoração probatória dos casos em violência doméstica.

Metodologicamente, o artigo se vale de estudo de caso e análise documental, consistente na análise do discurso de duas peças processuais de um caso forense selecionado da Justiça do Distrito Federal — a promoção de arquivamento do Ministério Público e a decisão do Judiciário que a acolheu e determinou o arquivamento do inquérito policial. Empregar-se-á metodologia hermenêutico-dedutiva quando da análise das peças do processo, vez que as conclusões estão baseadas em premissas teóricas indicadas pela literatura examinada.

## 2 O USO EPISTEMOLÓGICO NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

A prova é o instrumento por meio do qual o juiz forma sua convicção acerca dos fatos controvertidos do processo. Deduzida uma pretensão em juízo, os fatos que lhe servem de base, assim como os fatos que contrapõem tais afirmações, deverão ser produzidos e sua veracidade deverá ser provada. O Código de Processo Penal adota o princípio pelo qual se concede ao magistrado a liberdade na apreciação dos meios de prova<sup>3</sup> para que forme livremente seu convencimento (BRASIL, 1941). No sistema do devido processo legal, a persuasão racional significa que o convencimento é deduzido com liberdade intelectual, apoiado em provas constantes dos autos e tendo sido demonstrados os caminhos que conduziram o juiz à decisão (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 356). Contudo, não basta uma análise apenas jurídica; é imprescindível o estudo sob uma perspectiva multidisciplinar.

Para a atividade probatória são apresentadas ao menos quatro concepções. A primeira — a orientação material — visa demonstrar a verdade objetiva do processo, ou seja, a existência ou inexistência de um fato, a verdade ou falsidade de uma afirmação. Parte-se da concretude da prova enquanto referência ao passado, porém há uma fragilidade na medida em que é inviável obter efetivamente uma demonstração desse tipo no processo. Essa situação ensejaria, inclusive, uma concepção autoritária do processo penal, que

---

3 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

operaria a partir de uma epistemologia nitidamente inquisitória (KHALED JR, 2016, p. 298–299). A segunda orientação — de natureza formal — considera a prova como mecanismo de fixação formal dos fatos. Ao empregar procedimentos legais que permitem controlar as alegações das partes, a prova passaria a ter uma concepção artificial, vez que a atividade probatória estaria extremamente regrada. Nessa análise de provas, não haveria nenhuma relação com o passado e a decisão seria “sempre fruto de deciosinismo, apesar da existência de um fundo regrado” (KHALED JR, 2016, p. 302).

Na terceira concepção — narrativa ou semiótica — o juiz é o destinatário da prova, porém a atividade probatória se reduz a um jogo de argumentação que acaba por ser o critério definidor. Ao dispensar a prova, corre-se o risco de amparar discursos persecutórios como o da defesa social, os quais ensejariam evidências que somente seriam valoradas como prova se corroborassem uma hipótese previamente escolhida pelo julgador (KHALED JR, 2016, p. 307). Por fim, na quarta concepção, a atividade probatória é encaminhada de modo a resultar no convencimento psicológico do juiz. Busca-se obter o convencimento do juiz sobre um evento ocorrido em tempo escoado. É o juiz que deverá se convencer de que um elemento inserido no processo é um rastro do que efetivamente ocorreu no passado, respeitado o devido processo legal (KHALED JR, 2016, p. 311).

O processo penal brasileiro, ao adotar esta última concepção, exige uma aproximação do campo epistemológico com o jurídico, pois uma decisão justa consiste no bom exercício das atividades epistêmica e hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal (BADARÓ, 2018, p. 46). A busca de uma verdade absolutamente certa é inalcançável e, por isso, constitui uma “ingenuidade epistemológica” (FERRAJOLI, 2002, p. 42). Todavia, isso não lhe retira a aplicação de uma teoria do conhecimento, pois se trata de um meio imprescindível para se decidir qual hipótese legal se aplica ao caso concreto. Assim, se a descoberta da verdade é condição para a justiça da decisão, decerto não será o único fim do processo (BADARÓ, 2018, p. 49).

A epistemologia jurídica se apresenta com os critérios e instrumentos necessários para ser utilizada pelo julgador com o fim de obter material fático sobre o qual recairá a decisão. O objetivo desse instituto é compreender o que é a prova e como ela é estruturada. Essa relação — epistemologia e prova — ocorrerá quando da apresentação do meio de prova, bem como durante a investigação e comprovação dos fatos ao longo da persecução penal (BADARÓ, 2018).

Na análise probatória é comum a construção das narrativas em conjuntos ordenados dos fatos que dão origem à controvérsia levada em juízo. Conjuntos porque os fatos não são constituídos por elementos simples, mas por acontecimentos complexos que somente podem ser descritos por uma série de assertivas. Ordenados porque as assertivas se

acham numa ordem narrativa que compõe histórias (TARUFFO, 2010, p. 232). Desse modo, as histórias não precisam ser verdadeiras, bastam ser convincentes. Ao juiz, por sua vez, basta justificar sua decisão — discricionária, cumpre ressaltar — sem que seja necessário que a motivação da sentença tenha uma função persuasiva. Em outras palavras, há uma completa ausência de compromisso com a análise epistemológica.

A prova é apreciada com base em escolhas das afirmações sem qualquer valoração pré-constituída nem aportes epistemológicos. O livre convencimento dá azo para a aceitação de qualquer resultado probatório. No processo judicial, como a decisão acerca dos fatos provados está dotada de autoridade, é possível dizer que é verdade aquilo que o juiz diz que é verdade (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 40). Não obstante a busca pela verdade como sinônimo de justiça, o correto é que o processo acaba reduzido a uma escolha, pelo juiz, da versão de uma das partes. A prova deixa de pretender a verdade para ter como finalidade única o convencimento do juiz acerca da plausibilidade do enunciado apresentado por uma das partes (LOURENÇO, 2018, p. 354).

À vista disso, faz-se necessário analisar e interpretar os fatos sob uma perspectiva interdisciplinar. Ao examinar as provas em busca da verdade, o juiz deve ser capaz de reduzir as chances de erros. Contudo, para isso, é preciso aprofundar seu conhecimento quanto aos fatos com o fim de legitimar sua decisão. A importância de uma epistemologia judiciária na análise probatória se refere ao fato de que esta não é algo tão-somente intuitivo nem constitui decisões que não passam de “mera crença em evidências” (KHALED JR, 2016, p. 295).

Ao examinar as provas, o juiz se depara com narrativas construídas por várias pessoas com personalidades diferentes, complexas e variáveis (TARUFFO, 2010, p. 234). Por isso, o princípio do contraditório na valoração probatória deve se manifestar por meio do controle sobre a correta aplicação das regras epistemológicas e jurídicas acerca da admissão da prova. Além disso, deve ser verificada a possibilidade de intervenção das partes na produção das provas e a possibilidade de produzir provas contrárias às da outra parte, de modo a corroborar uma hipótese alternativa. Por fim, deve haver a possibilidade de propor provas de segunda ordem, isto é, que questionem a credibilidade de outras provas (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 87).

A atividade de valoração probatória não apenas requer um trabalho complexo que exige a superação da escolha discricionária do juiz, mas também depende dos elementos conformados em juízo. Trata-se de uma atividade demasiadamente argumentativa executada a partir de crenças, *doxas* e generalizações. Trata-se de um reflexo da introdução do cognitivismo epistemológico no processo penal (FERRAJOLI, 2002, p. 33). Apesar de não se poder justificar totalmente uma hipótese, é possível justificar a escolha de uma sobre a outra ante o grau de confirmação, usando, para tanto, a probabilidade lógica (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 46; 121).

Ao adotar uma probabilidade lógica na valoração probatória, se admite um método de indução eliminativo, em que é possível graduar e comparar o nível de suporte indutivo de cada hipótese em conflito (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 122). O magistrado não pode simplesmente adotar o livre convencimento e, com isso, apadrinhar a versão que mais lhe agrada; é preciso indicar porque não acolhe a hipótese e os meios de prova da outra parte, bem como exibir o confronto à cognição possível dos fatos. É preciso que o processo penal esteja agrilhado à interdisciplinaridade e à epistemologia jurídica.

A construção da narrativa de uma decisão judicial tem cunho conclusivo em relação à análise probatória. Por isso, é fundamental que os magistrados disponham de elementos outros que não apenas jurídicos, mas de interdisciplinaridade, para que, no controle da violência masculina, o direito penal seja, um instrumento de proteção às vítimas, além de cumprir a função simbólica de punir condutas que não são aceitas socialmente. Por intermédio da epistemologia jurídica, é possível desenvolver ferramentas para a valoração probatória que não deem margem nem espaço a heurísticas que corroborem a imprecisão e falta de proteção às vítimas de violência doméstica.

Conforme será desenvolvido na seção seguinte, nos casos de violência doméstica, é necessário afastar as heurísticas da valoração probatória, bem como fazer uma análise de prova diferenciada, levando em conta os demais casos que ingressam no sistema penal.

### **3 O USO DA HEURÍSTICA NA ANÁLISE PROBATÓRIA EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

O crime de violência doméstica, assim como a grande maioria dos delitos que envolvem situação de gênero, peculiarmente ocorre em ambiente privado ausente, na grande maioria das vezes, de lastros probatórios. Assim, diante de uma situação de conflito entre versões contraditórias, ambas fundadas em meios probatórios juntados aos autos, como valorar as provas e decidir pela prevalência de uma ou outra? Qual verdade deve ser considerada? Como saber se os elementos probatórios são suficientes para entender que a violência contra a mulher pode ser tida como provada?

O exame das provas numa investigação de violência doméstica é oriundo de uma pauta diferenciada derivada da Convenção de Belém do Pará, que estipula ser dever do Estado “agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher” (BRASIL, 1996, art. 7b). Desse modo, para ser eficiente, a investigação precisa ser reconhecida como um fenômeno complexo que não se constata apenas por meio de testemunhas presenciais. A violência doméstica apresenta características próprias de uma violência que exige a ampliação e olhar diferenciado da investigação;

é preciso examinar muito mais além da denúncia ofertada pelo Ministério Público (CORLETO, 2017).

O juiz, ao se tornar o destinatário da prova, traz consigo suas crenças e convicções em decorrência do campo em que se situa e, por isso, pode exercer forte influência sobre a reelaboração narrativa dos fatos ocorridos no passado e apresentados como elementos de prova. A intuição — sentimento ou pensamento imediato, automático e sem esforço, revestido muitas vezes de *doxas* (CATRANI *et al.*, 2017) — expressa uma cognição imediata, na qual o juiz se vale das heurísticas rápidas para a tomada de decisão (ANDRADE, 2019, p. 512).

Em se tratando de violência de gênero, se exige um esforço particular para identificar os elementos probatórios indiretos ou indiciários de caráter objetivo que corroboram a violência. Interpretar e definir bem o problema com base nos estudos de gênero é o primeiro passo; do contrário, se o problema não for bem compreendido ou estiver mal definido, a solução se mostrará inadequada ao caso. A prioridade do Direto Penal continuará a ser dos ofensores e as vítimas da violência no âmbito privado serão, como de costume, esquecidas, não obstante serem as mais vulneráveis (CAMPOS, 2013, p. 302).

A tomada de decisão é fortemente influenciada não apenas pelo problema apresentado, mas pelo modo como o problema é entendido (ANDRADE, 2019, p. 515). A tendência é decidir com base nas heurísticas<sup>4</sup>, nas quais as informações são apoiadas em pré-concepções, na grande maioria das vezes, discursos machistas e de caráter privatista do direito penal, nos quais a “não intromissão” na vida privada ainda é levada em consideração.

Decidir com base nas heurísticas é como uma estratégia mais fácil, pois se trata de métodos de pensamento mais simples que ajudam a resolver problemas de forma intuitiva, rápida e sem esforço (ANDRADE, 2019, p. 518). A heurística da perseverança da crença, ou viés de confirmação, enseja no operador do direito a tomada de decisão a partir de conceitos que aderem às suas crenças, mesmo que esteja diante de evidências em contrário. Portanto, as informações que divergem de suas concepções “são encaradas com ceticismo, sujeitas a fortes críticas, reinterpretadas ou, em alguns casos, pura e simplesmente ignoradas” (ANDRADE, 2019, p. 519). É o que ocorre, por exemplo, quando se está diante de uma violência psicológica ou quando as mulheres permanecem no relacionamento, pois essas circunstâncias aumentam a desconfiança do sistema penal sobre as declarações das vítimas.

Em violência doméstica, é comum que todos se achem aptos a decidir, pois há um excesso de confiança nos conhecimentos, nas crenças e, sobretudo, na intuição, e todos

---

<sup>4</sup> “Heurísticas são atalhos que nos ajudam a chegar rapidamente a uma solução”, mas, por vezes, ao contrário dos algoritmos, são responsáveis por erros (ANDRADE, 2019).

acreditam serem conhecedores da relação “homem-mulher”. Todavia, as escolhas equivocadas podem ser desastrosas quando está em questão a violência praticada contra as mulheres. As heurísticas ensejam ideias prévias com falhas cognitivas por um pensar tendencioso, que acaba por desprestigiar, até mesmo, a expectativa de imparcialidade (ANDRADE, 2019, p. 519).

Ao basear-se na intuição, a heurística apresenta uma visão distorcida em que o tomador da decisão reage a algo sem o reconhecer, o faz sem um raciocínio lógico e está revestido de ideias que o levam a presumir que “sabia, desde o princípio, o que aconteceria numa determinada situação; o da correlação ilusória, que se verifica quando intuitivamente se enxerga uma correlação onde não existe nenhuma” (ANDRADE, 2019, p. 519). O viés de confirmação ou de perseverança da crença aparece no instante em que há uma preferência pela confirmação de ideias e conceitos, mesmo quando os fundamentos já foram desacreditados por provas em contrário. (ANDRADE, 2019, p. 519).

O exame da prova no âmbito da violência doméstica não pode ser orientado pelas heurísticas da disponibilidade e representatividade (ANDRADE, 2019), ou seja, as que buscam soluções a partir do simples conhecimento jurídico e da aplicação de precedentes, respectivamente. Analisar, por exemplo, a declaração da vítima, exige um esforço singular quando se trata de violência doméstica. É preciso ter em conta a relação assimétrica de poder que existe entre réu e vítima, fato que não enseja análise quando se trata de outros delitos. Nesse exame, é imprescindível obter informações acerca dos possíveis contatos entre ambos ou sobre a existência de ameaças e manipulações que possam incidir sobre o relato da mulher, assim como as possíveis consequências da denúncia no plano econômico, afetivo e familiar (CORLETO, 2017).

Não raro, a palavra da mulher é tida pelos atores do ordenamento jurídico como a única prova existente nos autos sobre a violência e seu depoimento é diametralmente diferente do relato do acusado. Como decidir, então? O que se observa é que a heurística da perseverança da crença é usada em situações em que só há a palavra da mulher como prova, ou seja, a decisão ocorre a partir das crenças sobre a questão. É certo que cada pessoa, incluídos, obviamente, os juízes, traz consigo seus valores e preconceções. Todavia, é o filtro epistemológico da aceitação (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 41) de toda a informação relevante para o esclarecimento dos fatos que suportará a discussão à luz das questões de gênero e rechaçará que a análise do julgador leve em consideração apenas informações ou provas que corroborem seu ponto de vista inicial. Nesse caso, para que não haja uma escolha errônea, é imprescindível que o juiz verifique a ausência de razões que excluam ou fragilizem seriamente a credibilidade da vítima, assim como a existência de elementos objetivos que corroborem sua versão e, por fim, a consistência interna de suas manifestações.

Quando a palavra da mulher é a única prova da violência no processo, isso não implica a existência de um interesse na condenação, assim como não se pode negar automaticamente a credibilidade dessa declaração. De igual modo, em violência doméstica não se pode exigir da vítima a indiferença para com seu agressor, sob pena de sua versão dos fatos não ser aceita. Tão pouco implicará automaticamente a existência de motivos espúrios o fato de a vítima manter com o ofensor uma demanda na esfera cível. A vítima não pode ser tachada com uma ideia preconcebida, com perfil “de vítima” nem com a suspeita de interesses escusos. Faz-se necessária uma visão interdisciplinar do Processo Penal para que se possa, assim, prevenir erros judiciais ensejados pelo meio probatório.

Cabe aqui uma consideração crítica. A afirmação de que os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher se manifestam, como regra, com a unicidade de meio de prova consistente na palavra da vítima, em si, é bastante questionável. Em rigor, a ampla liberdade probatória de que dispõem os sujeitos processuais e que igualmente orienta a atividade cognitiva do julgador dele reclama a consideração sistemática e contextualizada de todas as provas produzidas ao longo do processo.

Não é correto afirmar que a narrativa da vítima, que minudencia razões de motivação, dinâmica dos fatos, contextualização e a própria exteriorização do fato criminoso, é a única prova em nenhum caso. As declarações da vítima – no caso, a mulher nos casos de violência doméstica e familiar – podem substanciar o principal meio de prova, ou mesmo a prova que define o convencimento judicial, mas jamais será a única prova. Até porque isso seria reduzir o conjunto probatório à prova oral colhida em audiência. E, no mínimo, o próprio registro da notícia do fato criminoso e o *iter* investigatório e judicial fornecem importantes informações para a compreensão sobre o próprio processo de formalização do caso apresentado em juízo.

Se a análise valorativa das provas se concentra no exame discricionário e subjetivo do juiz, o resultado é imprestável. Isso não significa dizer que ao juiz não lhe seja dado consultar sua intuição, até porque esse tipo de construção íntima da convicção inevitavelmente terá sempre lugar; o que não pode ocorrer é o excesso de decisionismo, ou seja, decisão orientada apenas pela consciência ou esfera mais íntima do julgador. É necessário “combater as decisões judiciais baseadas tão somente em intuições subjetivas ou ideias preconcebidas, segundo as quais se chega antes à conclusão e depois se elegem fundamentos *ad hoc* para justificá-las” (ANDRADE, 2019, p. 533).

Em violência doméstica, também ocorre o testemunho de referência, pessoas próximas às vítimas que não presenciaram os fatos, mas que podem declarar sobre o estado da vítima, a situação da relação do casal ou familiar, como as partes se encontravam antes ou depois do crime. A colheita dessas provas relativas à situação psíquica, afetiva ou

emocional é complexa e importante não apenas para ter noção da dimensão da violência sofrida pela mulher durante os anos de convivência, mas, sobretudo, para demonstrar a compatibilidade dos fatos com a denúncia. Em virtude dessa complexidade, a prova dos fatos constitutivos da violência de gênero exige investigações exaustivas que colem toda informação disponível (CORLETO, 2017).

Quando o juiz analisa a credibilidade do depoimento das vítimas e das testemunhas em violência doméstica, o exame fundado na epistemologia limita o recurso discricionário às heurísticas e a estereótipos usados como atalhos cognitivos. A ausência desse limite pode conduzir a uma decisão divorciada dos elementos empíricos do caso concreto, assim como a um julgamento revestido de estereótipos. É preciso ter consciência das diferenças existentes entre os usuários do sistema de Justiça, entender as especificidades da situação de cada mulher (SERRA; MADRUGA, 2013, p. 214).

Ao examinarmos o estudo de caso no item seguinte é possível perceber que a Lei Maria da Penha trouxe uma nova perspectiva para o tratamento da violência doméstica. Em razão disso, o tratamento dado às vítimas com uma escuta especializada e análise probatória despida de crenças e preconceitos sugere uma nova posição da mulher como sujeito no Direito Penal, no qual o conservadorismo legal (doutrinário e jurisprudencial) deve ser superado.

## **4 EXAME PROBATÓRIO A PARTIR DAS ABORDAGENS DISCUTIDAS**

Nas seções seguintes abordaremos como as análises probatórias foram construídas no caso selecionado, a fim de demonstrar que o uso das heurísticas acarretam uma tomada de decisão rápida, sem um aporte epistemológico, e que a independência funcional e a livre apreciação da prova dão margem a qualquer resultado probatório.

### **4.1 Estudo de caso**

O presente estudo elegeu um caso específico colhido da Justiça do Distrito Federal. Trata-se de investigação formalmente instaurada, inquérito policial, que restou arquivada ao final, sem promoção de ação penal no caso. A problematização de caso único atende aos objetivos do artigo, pois a investigação se debruça sobre o modo de construção da decisão judicial a partir de heurísticas. Por isso, conquanto representativo da realidade dos casos, em geral, do Brasil, não se evidencia maiores riscos metodológicos de que o caso manifeste exceção ou mesmo desvio do conjunto de casos evidenciados sobre o tema.

Não se desconhece a advertência da literatura em processo penal, que destaca que

prova, em seu sentido estrito, é aquela produzida sob o crivo do contraditório e perante juiz imparcial. Nesse sentido, os elementos de convicção angariados na investigação preliminar, por se destinarem a lastrear eventual ação penal em juízo, seriam elementos de informação, mas não *provas* em seu sentido mais estrito. Por isso, a distinção necessária entre atos de investigação, que ocorrem no inquérito policial, e atos de prova, estes destinados à formação do convencimento judicial (LOPES JÚNIOR, 2018, p. 158–159). Entretanto, para os fins do presente estudo, que se ocupa da formação da convicção dos atores do sistema de justiça e do juiz em particular, a utilização da expressão *prova* indistintamente para os elementos de informação do inquérito policial não diminui ou desafia as constatações construídas a partir do caso.

Em 9 de janeiro de 2018, a vítima Débora Tereza Correa registrou a ocorrência policial nº 102/2018 na Delegacia da Mulher, que deu origem à Medida Protetiva de Urgência nº 133-9/2018 e ao Inquérito Policial nº 769-3/2019. Em 19 de abril de 2018, a medida protetiva foi arquivada (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2018) e, em 28 de agosto de 2018, o inquérito foi arquivado pelo magistrado de primeiro grau (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019b).

Posteriormente, em 22 de agosto de 2018, a mesma vítima registrou na 13ª Delegacia de Polícia, a ocorrência policial nº 7.988/2019, que deu origem à Medida Protetiva de Urgência nº 3634-7/2018 e à Ação Penal nº 3742-0/2018. Nesta última, houve sentença condenatória pelo juiz de primeiro grau em 21 de novembro de 2018 e, em 26 de março de 2019, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por meio da 2ª Turma Criminal, deu provimento ao recurso da defesa para absolver o agressor.

Em 22 de setembro de 2018, a vítima novamente registrou ocorrência policial na 13ª Delegacia de Polícia, sob o nº 9.027/2018, que deu origem ao Inquérito Policial nº 4.219-3/2018, que, por sua vez, foi arquivado em 9 de maio de 2019 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019a). Nesse inquérito, a incidência penal era o descumprimento da medida protetiva<sup>5</sup> nos autos de nº 3.634-7/18 (OP nº 7.988/2018), porém o inquérito havia sido arquivado por decisão do juiz, vez que nos autos não havia pedido de medida cautelar (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019a).

Para o presente estudo, interessam a promoção de arquivamento do Ministério Público e a decisão judicial a respeito do primeiro inquérito policial em que a vítima formalizou o registro da ocorrência e, assim, entrou no sistema de Justiça para denunciar a violência doméstica que sofria. Por meio do Inquérito Policial nº 769-3, a ofendida

---

5 Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (BRASIL, 2006)

relatou que seu ex-namorado, no dia 9 de janeiro de 2018, teria praticado os delitos de perturbação da tranquilidade, lesão corporal, injúria, ameaça e dano (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019b). Informou que namorou o agressor por 7 meses e que ele somente apresentou comportamento agressivo quando ela tentou pôr fim ao relacionamento. O ofensor ligava e mandava mensagens com insistência, pedindo para que retomassem o relacionamento. No dia em que a vítima registrou a ocorrência policial, o acusado a teria encontrado em um parque, quando ela fazia uma caminhada na companhia de uma amiga. Na oportunidade, ele tentou abraçá-la, beijá-la e passou a caminhar com ela, não obstante a negativa da ex-namorada. O agressor insistia em permanecer com a vítima e, ante a recusa desta, a segurou pelo pescoço, desferiu mordidas em seu rosto e a insultou verbalmente: “puta, piranha, vagabunda, você acabou com a minha vida, vou acabar com a sua também”.

O ofensor, ao mesmo tempo em que agredia a mulher, a chamava de “neném”, dizia que cuidaria dela, mas lhe dava socos nas costelas e quebrava seus óculos. Falava que acabaria com a vida dela, que ela deveria ir embora da cidade, pois ele não queria “mais olhar para a cara dela”, que sabia de sua rotina e que, se a encontrasse, a mataria. Disse a ela que registrasse ocorrência policial para assim “completar o ciclo da desgraça” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019b). No inquérito, foram juntadas cópias do celular da vítima que comprovavam as diversas ligações feitas e mensagens enviadas pelo ofensor, assim como fotos dos braços e rosto lesionados. Constava também o laudo de exame de corpo de delito, que indicava a ofensa à integridade física da vítima.

No dia seguinte aos fatos foi concedida medida protetiva à ofendida, que proibia o agressor de aproximar-se, contactar e frequentar locais como a residência da vítima. Além disso, restringia o porte de armas, considerando que se tratava de policial civil (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2018).

Ao ser ouvido na delegacia, o ofensor negou qualquer agressão ou ameaça e disse que apenas conversaram e que havia deixado de manter contato com a ex-namorada. A amiga da ofendida também foi ouvida e disse que ele passou a acompanhá-las na caminhada pelo parque, apesar da resistência da vítima. O porteiro do prédio da ofendida disse que já tinha visto o ofensor no local e que a ofendida nunca havia negado a entrada dele no apartamento (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019b). A vítima, por sua vez, em 19 de abril de 2018, foi ouvida informalmente pelo Promotor, Juiz e Defensor Público que estavam na defesa do agressor, em uma audiência de justificação. Naquela audiência, disse que deixaria a cidade e que o ofensor não a importunaria mais. Por isso, ela gostaria de revogar a medida protetiva e não mais seguir com o processo em relação aos crimes de injúria, ameaça e dano. O

Ministério Público foi favorável aos pedidos e o juiz assim decidiu: arquivou o inquérito policial em relação àqueles delitos e revogou a medida protetiva (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2018).

Posteriormente, em 16 de agosto de 2018, o Ministério Público promoveu o arquivamento do crime de lesão corporal, ao entender que não restara comprovada a autoria e a materialidade do delito. Na fundamentação, afirmou que “embora a narrativa contundente da vítima, o investigado negou veementemente a prática delitiva”. Em seguida, afirmou que nenhuma testemunha presenciara os fatos e concluiu que a “mera proposição de ação criminal já atinge, por si só, significativamente, o *status dignitatis* da pessoa, sendo dever do Ministério Público e do Judiciário evitar o processamento sem a devida comprovação de justa causa” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019b). Acolhendo a manifestação do Ministério Público, o Judiciário arquivou o inquérito. Após essa ocorrência, a vítima apresentou mais duas e, por fim, no dia 20 de maio de 2019, quase dois meses após o Tribunal de Justiça do Distrito Federal absolver o agressor policial, este foi ao local do trabalho da ex-namorada, às 9h da manhã, e a matou com tiros na cabeça e, em seguida, se matou. (G1, 2019).

## 4.2 Exame Probatório

O exame das provas do caso ora examinado usou claramente das heurísticas, ou seja, os atalhos cognitivos que simplificam a tomada de decisões. Em algumas situações, essas escolhas podem ser úteis e acertadas e, em outras, podem ensejar erros chamados de vieses. Estes, por sua vez, podem ser explícitos, quando o erro ocorre em razão de uma crença ou na intenção consciente de agir, ou implícitos, quando existem discriminações fundadas em “atitudes ou estereótipos implícitos que levam a um tipo de preconceito especialmente problemático”, incluído aí o viés de gênero (ALMEIDA; NOJIRI, 2018, p. 828–829).

Percebe-se que o erro se ancorou em percepção enviesada das relações de gênero decorrente de uma heurística. O promotor desconsiderou as fotos acostadas aos autos e que exibem as marcas da violência, bem como o laudo do exame de corpo de delito, que comprova a agressão sofrida pela ofendida, e, acima de tudo, entendeu que, embora existisse “a narrativa contundente da vítima, o investigado negou veementemente a prática delitiva” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019b).

Como afirmado anteriormente, a violência contra a mulher no ambiente doméstico é praticada, na grande maioria das vezes, sem testemunhas. A ausência destas reforça os estereótipos e as *doxas* de crenças naturalizadas nas quais a vítima tem algum motivo

escuso para denunciar seu agressor. A palavra do homem, no exame probatório em tela, obteve maior valoração e a versão dos fatos, apresentada pela vítima, não coincidia com os estereótipos de violência doméstica aceitos pelo promotor e juiz. A desconfiança atribuída à palavra da mulher não teve lugar quando se valorou a palavra do homem. Há pouca clareza acerca dos fatores levados em conta na apreciação dos depoimentos, seja da vítima, do agressor ou das testemunhas, que pudessem, de fato, ser valorados em maior ou menor grau.

Uma condução cega da análise de provas baseada em heurísticas e sem o uso de epistemologias enseja o viés do procedimento que acaba por maximizar as chances de erro. E, em violência doméstica, errar significa devolver a vítima ao ambiente de violência, como no caso sob exame, que lhe custou a própria vida. Não se pode negar que houve um contraditório já que as duas partes, agressor e vítima foram ouvidos. Todavia, mesmo ocorrendo o confronto entre versões na fase policial, este não foi capaz de reverter o enviesamento do olhar ministerial e judicial, fundamentado em vieses de confirmação. Em outras palavras, o Ministério Público e o Judiciário atribuíram maior peso à prova que confirmou seus vieses cognitivos sobre o que é violência doméstica. Aqui, a palavra do ofensor confirma essa hipótese, vez que a ela é dada uma soberania capaz de deteriorar outras evidências que rechaçariam a tese da ausência de autoria e materialidade e, assim, ensejariam o arquivamento do inquérito.

O conceito da verdade observado na epistemologia jurídica decorre de uma base teórica de aproximação (FERRAJOLI, 2002, p. 11), na qual a prova se dirige à confirmação de hipóteses que se aproximam da verdade, a fim de justificar sua presença no processo. No caso sob exame, provas como laudo, fotografia, depoimento da vítima e da testemunha não foram consideradas verdadeiras, mas a palavra do agressor, sim. Os meios de provas apresentados foram insuficientes para justificar o resultado; a simples negativa do agressor prevaleceu sobre as demais provas aos olhos de quem as valorou e teve maior grau de confirmação. O uso da independência funcional e da livre apreciação da prova sustenta uma aparente neutralidade que, na verdade, mantém a hegemonia masculina com coerências amparadas em crenças.

Ao serem desconsideradas as provas que indicavam a existência da violência para valorar apenas o discurso do agressor, se desencadeia um raciocínio de oportunismo da mulher que acaba por contribuir para o crime. “Constrói-se a crença de que deturpar a idoneidade feminina escusa ou explica as ações masculinas” (CÉSAR; SUXBERGER, 2019, p. 262). Uma mesma prática pode adquirir significados diferentes para homens ou mulheres em razão da leitura de discursos diferentes (SMART, 2000, p. 39). As mulheres vítimas de violência doméstica têm de comprovar a violência vivenciada, diferentemente de qualquer outra vítima de outro crime. Esse fato se deve à credibilidade

de sua palavra, que deve ser construída a fim de derrubar todas as barreiras construídas por meio dos estereótipos que circundam aquela que denuncia uma violência privada.

O sistema jurídico tal como examinado, ao buscar a verdade, hierarquizou a atividade probatória ao outorgar mais valor à palavra do homem sob o argumento de que “a mera propositura de ação criminal já atinge, por si só, significativamente, o *status dignitatis* da pessoa, sendo dever do MP e do Judiciário evitar o processamento sem a devida comprovação de justa causa” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2019b). Em nenhum momento, se consideraram as consequências e a dimensão da gravidade da denúncia para a vítima ante o vínculo existente entre ela e seu agressor. Além do mais, o fato de a vítima pedir a retirada das medidas protetivas e não desejar o prosseguimento do feito nos crimes de ação penal privada e condicionada à representação aumenta a desconfiança quanto a sua denúncia, vez que o sistema só aceita uma lógica e desqualifica qualquer alternativa (LARRAURI, 2007).

Desse modo, se observa que, na análise de processos que envolvam questões de gênero, existe a necessidade da superação do simples exame de prova por meio da livre apreciação ou persuasão racional. São necessários critérios que possam impor limites à total liberdade do operador do direito, no sentido de evitar que a intersubjetividade e a íntima convicção desprovida de um conhecimento científico motivem sua decisão quando se tratar de relações de gênero. É preciso superar as heurísticas articuladas nos estereótipos como atalhos cognitivos. Do contrário, as instituições judiciais deixarão de ser instrumento de resposta adequada no combate à violência contra a mulher.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao examinarmos a análise probatória feita pelos atores do sistema de Justiça, vemos como estes percebem e interpretam a questão da violência doméstica a partir de percepções e posicionamentos, e como tais atores criam modos de interpretação dos problemas e das alternativas de solução. Pela perspectiva cognitiva aqui empregada, procurou-se demonstrar que o estudo da prova nos processos que envolvam gênero deve ser permeado pelos conhecimentos advindos não apenas da epistemologia, mas também de uma perspectiva multidisciplinar.

O sistema de Justiça tem o papel de reconhecer e garantir o direito das mulheres a uma vida sem violência. A Lei nº 11.340/06, ao dar um enfoque de gênero e de direitos humanos às relações domésticas, visa contribuir para importantes transformações nas relações sociais e na cultura de violência na vida das mulheres. Desse modo, não mais é admitido que o operador do direito invoque o livre convencimento motivado e eleja uma das hipóteses em disputa sem o mínimo de componente estrutural e político-cultural na aferição de sua força probante.

O enfrentamento da violência contra a mulher pelo Poder Judiciário precisa expandir sua perspectiva de análise, ainda centrada na pessoa do agressor. É mister contar com um Judiciário comprometido com a promoção dos direitos humanos, em especial da mulher. Para isso, faz-se imprescindível a adoção de uma perspectiva de gênero na ação jurisdicional para que não haja a reprodução de estereótipos sobre as mulheres. Julgar com perspectiva de gênero é realizar o direito à igualdade (ALMEIDA; NOJIRI, 2018, p. 840). Da mulher, ainda se exigem padrões de gênero; do homem, ainda se justificam suas condutas, desconsiderando a diferença social existente entre ambos, sobretudo o lugar histórico de vulnerabilidade e subjugação ocupado pela mulher.

O efeito simbólico que esse fato produz é a evidente legitimação da desigualdade de gênero, invisibilizando a violência contra a mulher. Romper com a violência simbólica inserida nos discursos das mulheres e do sistema de Justiça é um desafio para toda a sociedade que só poderá ser superado por meio de uma mudança das percepções sociais que posicione mulheres e homens efetivamente em situação de igualdade. Um sistema livre da valoração estereotipada de provas é um desafio que consistirá na elaboração de pautas que possam permitir uma análise de prova sã, crítica, racional e respeitosa dos direitos das mulheres.

## **NO SOLUTION NOR DECISION: HEURISTICS AND COGNITION BIASES**

### **ABSTRACT**

Decision-making in domestic violence is heavily influenced by the problem at hand and also how the problem is understood. The judge becomes the recipient of the evidence and brings along with him his principles and beliefs based on the field, and thus he is able to strongly influence the narrative re-elaboration of past facts that are submitted as evidence. This article aims to examine the epistemological use of evidence and demonstrate the importance of establishing a dialog with extrajudicial tools, such as those produced by psychology using heuristics in the field-specific review and the weighing of evidence in court cases that involve gender issues. Methodologically, the article draws on document analysis that examines the public prosecutor's findings which culminated in dismissing the case and the court decision that dismissed the action in the selected case study. The paper concludes that it is necessary to overcome the heuristics that relate to stereotypes as cognitive shortcuts. It also alerts, that, otherwise, judicial institutions will cease being instruments of appropriate responses in fighting violence against women.

**Keywords:** Domestic violence against women; Gender; Epistemology of evidence; Heuristics.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gabriela Perissinotto De; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 825–853, 26 set. 2018.
- ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 507–540, 26 mar. 2019.
- BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 4, n. 1, p. 43–80, 7 mar. 2018.
- BRASIL. Decreto n. 1.973, de 1. de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994 (Convenção de Belém do Pará). , 1 ago. 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Texto compilado. , 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2018.
- BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Texto compilado. , 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2019.
- CAMPOS, Carmen Hein De. **Violência contra mulheres: Feminismos e Direito Penal**. Justiça Criminal e Democracia. Brasília: Marcial Pons e FESMPDFT, 2013. p. 289–321.
- CATRANI, Afrânio Mendes *et al.* (Org.). **Vocabulário Bourdieu**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- CÉSAR, Paula Macedo; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O gênero do direito: uma análise feminista do discurso jurídico sobre a mulher em situação de violência. **Revista Direito e Liberdade**, v. 21, n. 2, p. 243-294–294, 27 jun. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel. **Teoria Geral do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CORLETO, Julieta Di. **Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género**. Género y justicia penal. Buenos Aires: Editorial Didot, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica *et al.* 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

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

G1. **‘Minha irmã foi vítima de Justiça falha e incompleta’, diz irmão de servidora morta por policial civil**. [S.l.]: G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/05/21/minha-irma-foi-vitima-de-justica-falha-e-incompleta-diz-irmao-de-servidora-morta-por-policial-civil.ghtml>>. Acesso em: 10 jun. 2019. , 21 maio 2019

KHALED JR, Salah Hassan. O caráter alucionatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. **Verdade e Prova no Processo Penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 288–317.

LARRAURI, Elena. **Criminologia crítica y violencia de género**. Madrid: Trotta, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230180/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>.

LOURENÇO, Maria João Bogas Ermida. Convencimento e verdade nos processos judiciais. **Revista de Direito**, v. 10, n. 2, p. 343–371, 2018.

SERRA, Jenny Cubells; MADRUGA, Andrea Calsamiglia. La construcción de subjetividades por parte del sistema jurídico en el abordaje de la violencia de género. **Revista de Investigación Social Prisma Social**, v. 11, p. 205–259, dez. 2013.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. **El Derecho en el Género y el Género en el Derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2000. p. 31–71.

SUXBERGER, Rejane Zenir Jungbluth Teixeira. A revitimização da mulher nas salas de audiência e a falta de um protocolo de rotinas para os juizados de violência doméstica. In: PIMENTA, CLARA MOTA; SUXBERGER, REJANE ZENIR JUNGBLUTH TEIXEIRA (Org.). **Magistratura e equidade: estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Inquérito**

**Policial 2018.06.1.004219-3.** [S.l.]: TJDFT. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=6&SEQAND=34&CDNUPROC=20180610042193>>. Acesso em: 12 fev. 2020a. , 9 maio 2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **IP n. 2018.06.1.000769-3.** . [S.l.]: TJDFT. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=6&SEQAND=24&CDNUPROC=20180610007693>>. Acesso em: 12 fev. 2018b. , 28 ago. 2019

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. **Medida Protetiva n. 2018.06.1.000133-9.** . [S.l.]: TJDFT. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml34&ORIGEM=INTER&CIRCUN=6&SEQAND=34&CDNUPROC=20180610001339>>. , 19 abr. 2018





**VENDA PROIBIDA  
IMPRESSO COM  
RECURSOS PÚBLICOS**



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



**CEAF**  
CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE  
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713  
[www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)