



Revista
Brasileira de
**Direito
Processual
Penal**

Volume 6 - Nº 03 - set./dez. 2020

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3>

*Dossiê "A persecução da corrupção
como instrumento de luta política"*



IBRASPP

EXPEDIENTE / MASTHEAD

EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF

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

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

EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

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

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

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

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

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

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

Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, Brasil)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Centro de Ensino Superior de Maringá e Universidade Estadual de Maringá, Maringá/PR, Brasil)

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

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

Prof. Dra. Priscila Machado Martins (Universidad de los Andes, Chile)

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

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

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

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

Alexandre Morais da Rosa (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)
Américo Bedê Freire Júnior (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES, Brasil)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/Espanha)
André Ferreira de Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)
Angelo Zappulla (Università degli Studi di Catania/Italia)
Antonio E. Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Católica de Petrópolis – RJ, Brasil)
Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)
Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF, Brasil)
Antonio Martínez Santos (Universidad Francisco de Vitoria - Madrid, Espanha)

Bruna Angotti (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Camilla Marcondes Massaro (Pontifícia Universidade Católica de Campinas - Campinas/SP, Brasil)

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

Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)

Cristina Salgado Alonso (Universidad de Santiago de Compostella, Espanha)

Daiana Santos Ryu (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Daniele Vicoli (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna/Itália)

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

Dyellber Oliveira Araújo (Universidade de Coimbra/Portugal)

Eduardo Viana Portela Neves (Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil)

Enrique Letelier Loyola (Universidad de Valparaíso, Chile)

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

Felipe da Silva Freitas (Universidade de Brasília - Brasília/DF, Brasil)

Fernanda Regina Vilares (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Flaviane de Magalhães Barros (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG, Brasil)

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

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

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

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

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

Heidi Florêncio Neves (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Isabel Huertas Martín (Universidad de Salamanca/Espanha)

Izabel Saenger Nuñez (Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, Brasil)

Janaina Roland Matida (Universidad Alberto Hurtado, Santiago/Chile)

João Becon de Almeida Neto (Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil)

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

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

Laura Scomparin (Università degli Studi di Torino/Itália)

Laura Viviana Mayer Lux (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile)

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

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid/Espanha)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)

Maite Aguirrezabal Grünstein (Universidad de los Andes, Chile)

Manuel Monteiro Guedes Valente (Univ. Autónoma de Lisboa/Portugal)

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

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

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

Michele Caianiello (*Alma Mater Studiorum* - Università degli studi di Bologna, Italia)

Michelle Girona Cabrera (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Curitiba/PR, Brasil)

Nuno Brandão (Universidade de Coimbra/Portugal)

Orlandino Gleizer (Humboldt Universität zu Berlin, Alemanha)

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

Pablo García Molina (Universidad de Cádiz, España)

Pasquale Bronzo (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”/Italia)

Priscilla Placha Sá (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR)

Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama, Chile)

Raquel Preciosa Tomás Cardoso (Universidade de Coimbra/Portugal)

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

Ronald Pinheiro Rodrigues (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

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

Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra - Portugal)

Vania Patanè (Università degli Studi di Catania/Italia)

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

Walter Bittar (PUCPR - Londrina/PR)

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

Wojciech Jasiński (Uniwersytet Wrocławski - Poland)

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

- Alicia González Monje (Universidad de Salamanca – Salamanca/España)
- Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, Brasil; Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis/RJ, Brasil)
- Augusto César Borges Souza (Universidade Federal de Goiás, Goiânia/GO, Brasil)
- Augusto César Leite de Resende (Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil)
- Carolina Cyrillo (Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, Brasil; Universidade de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina)
- Daniel Fonseca Fernandes (Centro Universitário Jorge Amado – Salvador/BA, Brasil)
- Delia Magherescu (Gorj Bar Association, Romênia)
- Denis Solodov (University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland)
- Felipe Lazzari da Silveira (Centro Universitário Ritter dos Reis – Porto Alegre/RS, Brasil)
- Ilia Solodov (Voronezh Bar Association, Russian Federation)
- Javier Escobar Veas (Università Commerciale Luigi Bocconi, Milano, Italia)
- Jörg Alfred Stippel (Universidad Autónoma de Chile – Santiago/Chile)
- Karolina Kremens (University of Wrocław, Poland)
- Marina Trindade Magalhães (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP – Brasília/DF, Brasil)
- Nicola Pascucci (Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino Italia)
- Paula Carolina Medina (Universidad Central de Chile – Santiago/Chile)
- Paulo Roberto Fonseca Barbosa (Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal)
- Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória, Vitória/ES, Brasil)
- Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)
- Riccardo Roscini-Vitali (Università degli Studi di Verona, Italia)
- Rodrigo Lillo (Universidad Central de Chile – Santiago/Chile)
- Soraia da Rosa Mendes (Centro Unificado de Brasília - UniCEUB, Brasília/DF, Brasil)
- Tainan Bulhões Santana (Universidade Católica do Salvador– Salvador/BA, Brasil)
- Teresa Lancry Robalo (Universidade de Macau – Macau, China)
- Vittore d'Acquarone (Independent Researcher)

Sumário

1089 Editorial

- 1091 **Editorial - *Preprint e postprint* em publicações científicas e no Direito: discussões e medidas para ciência aberta e divulgação de pesquisas**

Editorial – Preprint and postprint in scientific publications and in Law: discussions and measures to open science and research communication

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Felipe da Costa De-Lorenzi

1117 *Dossiê:*

A persecução da corrupção como instrumento de luta política
The criminal prosecution of corruption as an instrument of political struggle

- 1119 **Editoriale del Dossier “Il contrasto alla corruzione come strumento di lotta politica”**

Editorial of dossier “The criminal prosecution of corruption as an instrument of political struggle”

Renzo Orlandi

Bruna Capparelli

- 1135 **A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal**

The transnationalization of corruption and the use of the penal procedure as a political tool

Ricardo Jacobsen Gloeckner

Felipe Lazzari da Silveira

- 1175 **O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional**
Non-prosecution agreement and the paradigm of prevention in the fight against corruption and economic macrocriminality in Brazil: new alternatives to the traditional punitive model
Soraia da Rosa Mendes
Augusto César Borges Souza
- 1209 **Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato**
Criminal Maxiprocesses, Corruption and the Media: An Analysis from the Operation Car Wash
Raphael Boldt
- 1239 **Criminal Investigation of the Corruption Crimes: Evidence and Procedure in an Interdisciplinary Approach**
La investigación criminal en delitos de corrupción: La prueba y el procedimiento desde una aproximación interdisciplinaria
Delia Magherescu
- 1271 **As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias**
The Task Forces of the Federal Prosecutor Service: the anti-corruption political discourse in the institution of guarantees
Antonio Eduardo Ramires Santoro
Carolina Cyrillo
- 1301 **Colaboração premiada, paternalismo processual e “juízes camaleões”: simplificação e eficiência do procedimento na luta contra a corrupção**
Awarded cooperation agreement, procedural paternalism and “chameleon judges”: simplification and efficiency of procedure in the fight against corruption
Paulo Roberto Fonseca Barbosa
- 1345 **Discursos sobre a corrupção nas votações do Supremo Tribunal Federal (2015-2017)**
Corruption speeches in the votes at the Supreme Federal Court (2015-2017)
Daniel Fonseca Fernandes
Tainan Bulhões Santana

1389 Sul ruolo dell'ente nel contrasto alla corruzione: un moderno Atlante

On the role of the entity in the fight against corruption: a modern Atlas

Riccardo Roscini-Vitali

Vittore d'Acquarone

1415 Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of Criminal Procedure

1417 A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno

Crime victim and International Criminal Court: an undeniable model to the lawmaker

Teresa Lancry Robalo

1445 Durata ed efficienza dei procedimenti penali italiani. Riflessioni e proposte alla luce delle risultanze numeriche.

Length and efficiency of Italian criminal proceedings. Remarks and proposals in the light of numerical data.

Nicola Pascucci

1503 The Dual Sovereignty Doctrine in the Case Law of the United States Supreme Court

La doctrina de la soberanía dual en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos

Javier Escobar Veas

1541 Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

1543 Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais

Right (Subjective) to the Criminal Non-Prosecution Agreement and Judicial Control: Reflections in the Light of the Fundamental Rights Theory

Augusto César Leite de Resende

1583 Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

1585 The authority to order search in a comparative perspective: a call for judicial oversight

A autoridade competente para determinar buscas e apreensões em perspectiva comparada: pela necessidade de controle judicial

Karolina Kremens

1627 La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España

The declaration of the victim of the gender violence crime: latest jurisprudential trends in Spain

Alicia González Monje

1661 Legal safeguards against involuntary criminal confessions in Poland and Russia

Garantias legais contra confissões criminais coagidas na Polônia e na Rússia

Denis Solodov

Iliia Solodov

1699 O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao *in dubio pro reo*

*Eyewitness identification and legal psychology: fallibility of the testimony as a reinforcement of the Labeling Approach and violation of *in dubio pro reo**

Marina Trindade Magalhães

1733 Execução Penal

Criminal Execution

1735 Obstáculos en la activación de derechos en el marco de la defensa penitenciaria chilena

Obstacles to the mobilization of rights in cases of prisoner defense in Chile

Jörg Alfred Stippel

Paula Carolina Medina

Rodrigo Lillo

Editorial

Editorial - *Preprint e postprint* em publicações científicas e no Direito: discussões e medidas para ciência aberta e divulgação de pesquisas

Editorial – Preprint and postprint in scientific publications and in Law: discussions and measures to open science and research communication

Vinicius Gomes de Vasconcellos¹

Universidade Estadual de Goiás, Goiânia, Goiás, Brasil
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa –
IDP, Brasília, Distrito Federal, Brasil
vinicius.vasconcellos@ueg.br
 lattes.cnpq.br/9628659956663949
 orcid.org/0000-0003-2020-5516
 publons.com/a/1174099/

Felipe da Costa De-Lorenzi²

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil
felipe.lorenzi91@gmail.com
 <http://lattes.cnpq.br/8132922711654157>
 <https://orcid.org/0000-0003-4979-5644>
 <https://publons.com/a/3399489/>

-
- ¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, com período de sanduiche na Universidad Complutense de Madrid/ESP (bolsa PDSE/CAPES) e estágio de pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor permanente do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF (mestrado/doutorado). Professor efetivo da Universidade Estadual de Goiás. Editor-chefe da *RBDPP*. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal.
 - ² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com período sanduiche na Humboldt-Universität zu Berlin (bolsas PDSE/CAPES e CDEA/DAAD). Editor-assistente da *RBDPP*. Advogado.

RESUMO: Recentemente, a Revista Brasileira de Direito Processual Penal alterou suas políticas editoriais para, em conformidade com as diretrizes de Scielo e COPE, autorizar e incentivar o depósito de manuscritos em servidores certificados de *preprint* e *postprint*, de modo a ampliar a publicidade, a transparência e a celeridade na divulgação dos resultados de pesquisas científicas. Neste editorial, a partir de revisão bibliográfica, busca-se examinar alguns aspectos dessas práticas científicas, como sua origem, definição, benefícios e problemas, com foco na utilização nas ciências jurídicas – em particular, as criminais. Conclui-se que a tendência de ampliação do uso de *preprints* coloca novas perspectivas à produção de conhecimento e à editoração de revistas científicas, contribuindo com a consolidação de medidas para uma ciência aberta. Seus riscos e benefícios devem ser ponderados com cautela, mas as potenciais vantagens se sobressaem, como, por exemplo, a maior celeridade na divulgação científica e a possibilidade de maior debate para aprimoramentos na pesquisa até sua publicação definitiva.

PALAVRAS-CHAVE: editorial; preprint; postprint; divulgação científica; ciência aberta.

ABSTRACT: *Recently, the Brazilian Journal of Criminal Procedure has changed its editorial policies to allow and encourage the submission of manuscripts in preprint and postprint servers, in accordance with guidelines from COPE and Scielo. The goal of this modification is to improve the publicity, transparency and celerity of scientific results communication. Based on bibliographical review, the current editorial aims to analyze some aspects of this scientific practice, such as its origin, definition, benefits and problems, focusing on the Legal Sciences – especially the Criminal Sciences. The conclusion is that the increased use of preprints provides new perspectives to the scientific production and editing, contributing to the consolidation of open science practices. The risks and benefits must be carefully weighted, but the potential advantages of preprints – such as faster dissemination of results and the possibility of wider debate and research improvement before the definitive publication – prevail.*

KEY-WORDS: *editorial; preprint; postprint; science communication; open science.*

INTRODUÇÃO

Sem dúvidas, a pandemia de Covid-19 acarretou impactos na ciência e na vida em geral. Durante este período, todas as atenções voltaram-se às descobertas científicas sobre tratamentos, vacinas etc., ressaltando a importância da pesquisa e da produção de conhecimento sério e consistente para a vida humana. Certamente, muitos artigos publicados aportaram contribuições para o aprimoramento da resposta à doença, o que potencialmente salvou um número incalculável de vidas.

Assim, considerando a importância de respostas rápidas a problemas urgentes, muitas pesquisas foram inclusive divulgadas antes de serem submetidas à análise formal em revistas científicas com controle por pares. Pessoas que acompanharam notícias, *podcasts* e outros meios perceberam uma expansão da divulgação científica e certamente devem ter notado avisos como “esta pesquisa ainda não foi submetida ao controle por pares” ou “esta é uma versão *preprint*, ainda não avaliada por outros pesquisadores”.

Também no Direito há questões urgentes, sobre as quais a produção científica poderia contribuir para a solução ou resposta social mais adequada. Podemos citar, por exemplo, um julgamento de caso importante nos Tribunais, a ocorrência de mudanças normativas e eventuais dúvidas sobre a sua aplicação prática pelos juízos etc. Certamente, a divulgação mais rápida de pesquisas científicas poderia aportar importantes dados e conhecimentos para a resolução dos problemas jurídicos e conflitos sociais regulados pelo Direito.

Diante desse cenário, a *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* alterou recentemente suas políticas editoriais para, em conformidade com as diretrizes de Scielo e COPE,³ autorizar e incentivar o depósito de manuscritos em servidores certificados de *preprint* e *postprint*, de modo

³ SCIELO Brasil, *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*, versão maio 2020, p. 29. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/20200500-Criterios-SciELO-Brasil.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020; COPE Council. *COPE Discussion document: Preprints*. Mar. 2018, p. 2. Disponível em: <<https://publicationethics.org/resources/discussion-documents/preprints>>. Acesso em: 16 set. 2020.

a ampliar a publicidade, a transparência e a celeridade na divulgação dos resultados de pesquisas científicas.⁴ Neste editorial, buscamos examinar alguns aspectos dessas práticas e premissas, como sua origem, definição, benefícios e problemas, com foco na utilização nas ciências jurídicas – em particular, as criminais.

O *preprint* não é uma ideia nova. A publicização de versões prévias de artigos tornou-se comum entre físicos nos anos 80, especialmente os pesquisadores de física teórica e física de altas energias, que compartilhavam o conteúdo dos manuscritos por correio, depois e-mail e, por fim, no *site arXiv*, fundado em 1991.⁵ Na subárea de física de altas energias, um estudo de 2009 concluiu que, desde 1999, mais de 90% dos artigos publicados nos principais periódicos também foram disponibilizados, antes ou após a revisão por pares, no *arXiv*.⁶⁻⁷ Também nas áreas de matemática e economia, há tempos existe uma cultura de *preprints*.⁸

Mesmo antes disso, ainda em 1961, o Instituto Nacional da Saúde dos Estados Unidos (*National Institutes of Health*) tentara criar uma plataforma de *preprint* – chamada *Information Exchange Groups* –, a qual acabou fechada em 1967 em razão de periódicos se recusarem a publicar

⁴ Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies#custom-8>>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁵ STERLING, Evan. The Rising Popularity of Preprints. In: WATSON, Jada (ed.). *Moving through the Grey: Publishing in Action*. Ottawa, 2018, p. 49. Disponível em: <<https://ojs.scholarsportal.info/ottawa-school/index.php/PA/issue/view/18>>. Acesso em: 02/09/2020; LUTHER, Judy. The Stars Are Aligning for Preprints. *The Scholarly Kitchen*, 18 de abril de 2017. Disponível em: <<https://scholarlykitchen.sspnet.org/2017/04/18/stars-aligning-preprints/>>. Acesso em: 18 set. 2020.

⁶ GENTIL-BECCOT, Anne; MELE; Salvatore; Brooks, Travis C. Citing and Reading Behaviours in High-Energy Physics. *Scientometrics*, v. 84, n. 2, p. 345-355, ago. 2010, p. 347-8.

⁷ Atualmente o *arXiv* atende as áreas de física, matemática, ciências da computação, biologia quantitativa, economia e outras disciplinas afins, sendo considerado o maior servidor do gênero no mundo. Cf. HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 85.

⁸ STERLING, Evan. The Rising Popularity of Preprints. In: WATSON, Jada (ed.). *Moving through the Grey: Publishing in Action*. Ottawa, 2018, p. 49. Disponível em: <<https://ojs.scholarsportal.info/ottawa-school/index.php/PA/issue/view/18>>. Acesso em: 02/09/2020.

os artigos que circularam anteriormente na comunidade.⁹ No entanto, aproximadamente desde 2013 verifica-se uma “explosão de plataformas e serviços de *preprint*”.¹⁰ Um estudo listou 18 servidores surgidos entre 2013 e 2018, criados por comunidades de diversas áreas, países, editoras e instituições de financiamento de pesquisas.¹¹ Um dos primeiros nessa nova onda foi o bioRxiv, criado em 2013 pelo *Cold Spring Harbor Laboratory* para as ciências da vida.¹² Também a famosa editora *Nature* criou um servidor de *preprint* em 2007 – chamado *Nature Precedings* – o qual, contudo, foi encerrado em 2012.¹³

Atualmente, existem servidores de *preprint* para quase todas as áreas¹⁴, inclusive o direito, como *Scielo Preprints* (opção preferencial recomendada pela RBDPP), *LawArXiv*, *SocArXiv* e SSRN.¹⁵ Muitos deles podem ser pesquisados no agregador criado pela *Open Science Foundation*, chamado *OSF Preprints*. É fundamental verificar a confiabilidade do

⁹ COBB Matthew. The prehistory of biology preprints: a forgotten experiment from the 1960s. *PLoS Biology*, v. 15, n. 11, nov. 2017, n.p.

¹⁰ TENNANT, Jonathan; BAUIN, Serge; JAMES, Sarah; KANT, Juliane. The evolving preprint landscape: Introductory report for the Knowledge Exchange working group on preprints. *MetaArXiv* (preprint), maio 2018.

¹¹ TENNANT, Jonathan P. *et al.* Ten Hot Topics around Scholarly Publishing. *MDPI*, v. 7, n. 2, jun. 2019.

¹² CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019, p. 3.

¹³ Sobre isso, ver: <<https://www.nature.com/npre/about>>. Acesso em: 18 set. 2020.

¹⁴ HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 85.

¹⁵ Vale citar também o F1000 Research, que apresenta, em realidade, uma proposta mais ampla, caracterizando um meio de publicação inovador, em que o artigo é disponibilizado publicamente desde a submissão, passando por controle por pares aberto com a publicação dos pareceres junto ao artigo, rodadas de correções públicas e a divulgação das novas versões corrigidas do manuscrito até a sua aprovação final, quando ocorre o depósito em indexadores como PubMed, Scopus e Google Scholar. Sobre isso, ver: <<https://f1000research.com/about>>. Acesso em: 18 set. 2020.

servidor, visto que diversos requisitos devem ser cumpridos e controlados.¹⁶ O manuscrito não será considerado um *preprint* se disponibilizado em sites não certificados para tanto.

Apesar dessa clara tendência de adoção generalizada de *preprints*, é preciso discutir suas vantagens e desvantagens a fim de verificar se a prática deve ou não ser admitida e incentivada. Esse exame deve levar em consideração as particularidades de cada disciplina, pois o balanço entre prós e contras pode ser alterado a depender das específicas metodologias e lógicas de produção e divulgação do conhecimento.¹⁷

1. O QUE SÃO *PREPRINT* E *POSTPRINT*? DISCUSSÕES SOBRE OS MOTIVOS PARA A SUA IMPLEMENTAÇÃO E POSSÍVEIS PONTOS POSITIVOS

A definição de *preprint* é objeto de debates, de modo que inexistente conceito completamente aceito.¹⁸ As tentativas de definição de *preprint* envolvem relações com diversos elementos e discussões pertinentes. *Chiarelli et al.* identificaram seis fatores utilizados por diferentes autores a fim de defini-los:¹⁹

- a) *Gênero do trabalho*. Normalmente se trata de um artigo científico completo. Mas a definição pode ser ampliada para abarcar também comentários, relatórios de resultados negativos, um conjunto de dados e sua descrição etc.

¹⁶ SCIELO Brasil, *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*, versão maio 2020, p. 29. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/20200500-Criterios-SciELO-Brasil.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020.

¹⁷ Nesse sentido, em relação ao uso de *preprints* na história: FEITLER, Bruno. Editorial: a caminho de uma cultura de *preprints*? *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 39, n. 81, p. 7-11, mai./ago. 2019, p. 9.

¹⁸ NEYLON, Cameron; PATTINSON, Damian; BILDER, Geoffrey; LIN, Jennifer. On the origin of nonequivalent states: How we can talk about preprints. *F1000Research*, p. 1-13, maio 2017, p. 3.

¹⁹ CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019, p. 4-5.

- b) *Tempo da publicação*. São disponibilizados *antes* da publicação formal em um periódico científico.
- c) *Versão do texto*. Relaciona-se com a revisão por pares, pois são versões disponibilizadas antes ou paralelamente à submissão para um periódico científico. Porém, há quem entenda que também podem abranger artigos rejeitados na revisão por pares, mas que os autores tenham interesse, ainda assim, em disponibilizar.
- d) *Acessibilidade*. Os manuscritos são disponibilizados em servidores abertos ao público e de acesso gratuito.
- e) *Responsabilidade pela publicação*. São publicados ou compartilhados pelos próprios autores do trabalho.
- f) *Valor do trabalho para a comunidade*. São manuscritos que não passaram pelo processo de publicação completo, mas que são valiosos e merecem ser facilmente acessados pela comunidade.

Há também alguma controvérsia sobre a que se refere o prefixo “*pre*” de *preprint*. Alguns autores o relacionam com a publicação formal em um periódico, de modo que se trataria de um artigo disponibilizado antes da publicação oficial (“*impressão*” da revista), uma “*pré-publicação*”.²⁰ Essa definição, contudo, abarcaria mesmo o *postprint*, já que este é também disponibilizado antes da publicação oficial em um periódico. Por isso, pode-se encontrar a utilização do termo *preprint* de um modo genérico, incluindo também o que definimos em seguida como *postprint*.

É mais comum, no entanto, que o prefixo “*pre*” seja vinculado com o processo de revisão por pares, em oposição ao “*post*” de *postprint*. Assim, o primeiro diria respeito a um artigo publicizado à comunidade *antes* do controle pelos pares, e o segundo *após* esse controle.²¹ Seguindo

²⁰ LARIVIÈRE, Vincent *et al.* arXiv E-prints and the journal of record: An analysis of roles and relationships. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, v. 65, n. 6, 1157–1169, jan. 2014, p. 1158.

²¹ CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019, p. 5.

o entendimento majoritário, bem como de documentos oficiais de Scielo²² e COPE²³, relacionamos os prefixos “pre” e “post” com a revisão por pares e propomos as seguintes definições:

- *Preprint* é a publicação pelo autor, em servidores reconhecidos, de uma versão de trabalho científico antes ou paralelamente à submissão ao controle formal por pares em uma revista científica. Ou seja, um rascunho do manuscrito antes de ser avaliado por outros pesquisadores.

- *Postprint* é a publicação pelo autor, em servidores reconhecidos, de uma versão de trabalho científico após ser submetido a controle formal por pares em revista científica, já com a validação e os aprimoramentos oriundos das rodadas de correções, mas antes de sua publicação oficial na revista. Normalmente costuma-se denominar tal momento como “no prelo”.

Os pontos mais polêmicos dizem respeito ao *preprint*, pois, como veremos, a maior gama de problemas dessa prática liga-se à ausência de controle formal pelos pares. No *postprint*, o artigo já passou pela revisão por outros pesquisadores, o que evita a maior parte das objeções. A principal vantagem do *postprint* está em não se ter de aguardar a publicação oficial pelo periódico, o que pode demorar em razão, por exemplo, do número elevado de artigos na fila, de parâmetros de exogenia e titulação da autora e do autor, bem como prioridades temáticas da revista. Contudo, os resultados não são publicizados tão imediatamente como no *preprint*, pois se deverá aguardar ao menos as rodadas de correções pelos avaliadores.

²² “*Preprints* são manuscritos prontos para submissão a um periódico que são depositados em um servidor Web de acesso aberto previamente ou em paralelo à submissão a um periódico para avaliação com vistas à sua publicação formal como artigo revisado por pares.” (SCIELO Brasil, *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*, versão maio 2020, p. 29. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/20200500-Criterios-SciELO-Brasil.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020).

²³ “A *preprint* is a scholarly manuscript posted by the author(s) in an openly accessible platform, usually before or in parallel with the peer review process.” (COPE Council. *COPE Discussion document: Preprints*. Mar. 2018, p. 2. Disponível em: <<https://publicationethics.org/resources/discussion-documents/preprints>>. Acesso em: 16 set. 2020).

Compreendido um mínimo conceitual em relação a tais categorias, por que devemos adotar (ou ao menos autorizar) o depósito de *preprints* e *postprints* no Direito e nas ciências criminais? Especificamente, os *preprints* e *postprints* têm benefícios como (a) a disseminação antecipada e rápida de resultados, (b) a garantia da originalidade do conteúdo, (c) a possibilidade de revisão e aprimoramento do trabalho, (d) a maior acessibilidade e (e) a publicação de conteúdos que, de outra forma, não seriam compartilhados.

Em uma sociedade em que informações circulam de forma cada vez mais acelerada, (a) a divulgação antecipada e rápida dos resultados de pesquisas científicas torna-se muito importante.²⁴ Isso é particularmente útil nas ciências médicas, no combate a epidemias.²⁵ Desde o início da pandemia do Covid-19, por exemplo, houve um elevado número de publicações sobre o tema, que aumentou drasticamente a velocidade dos processos editoriais em periódicos de medicina e também o número de *preprints* publicados na área.²⁶ Ademais, afirma-se que uma maior celeridade na divulgação de pesquisas contribui em muito para o surgimento e a consolidação de jovens pesquisadores, visto que o sistema tradicional finda por dificultar o avanço das carreiras e manter as relações hierárquicas estratificadas no meio científico.²⁷

²⁴ Existem, por outro lado, críticas a uma ciência demasiadamente acelerada, com pouco tempo para reflexão. Cf., por exemplo, o *Slow Science Manifesto* (<http://slow-science.org/>).

²⁵ JOHANSSON, Michael A.; REICH, Nicholas G.; MEYERS, Lauren A; LIPSITCH, Marc. Preprints: An underutilized mechanism to accelerate outbreak science. *PLoS Medicine*, v. 15, n. 4, abr. 2018; CHUNG, Kyu Jin. Preprints: What is their role in medical journals? *Archives of Plastic Surgery*, v. 47, n. 2, p. 115-117, mar. 2020, p. 115.

²⁶ Sobre isso: HORBACH, Serge P.J.M. Medical journals drastically speed up their publication process for Covid-19. *BioRxiv* (preprint), abr. 2020; MAJUMDER, Maimuna; MANDL, Kenneth. Early in the epidemic: impact of preprints on global discourse about COVID-19 transmissibility. *The Lancet*, v. 8, e627-e630, 2020.

²⁷ SARABIPOUR, Sarvenaz; DEBAT, Humberto J.; EMMOTT, Edward; BURGESS, Steven J.; SCHWESSINGER, Benjamin; HENSEL, Zach. On the value of preprints: An early career researcher perspective. *PLoS Biology*, v. 17, n. 2, e3000151, p. 1-12, 2019.

O processo editorial tradicional toma, inevitavelmente, um certo tempo. Ainda que se adotem todas as medidas para tentar assegurar celeridade, um prazo de 90-120 dias da submissão à publicação é uma expectativa razoável (e praticamente inexistente no cenário atual das revistas científicas de Direito no Brasil, em que é comum aguardar 6, 12 meses ou mais pela publicação, com poucas exceções).²⁸ Um estudo na área da biologia verificou que o intervalo médio entre a publicização de artigos no servidor de *preprints bioRxiv* e a posterior publicação em um periódico científico era de 160 dias.²⁹

Nas ciências jurídicas, a velocidade da publicação pode ser muito importante quando os estudos abordam temas que estão na iminência de votação pelo Poder Legislativo ou de julgamento pelo Judiciário e a espera pela publicação após a revisão por pares pode tornar o conteúdo obsoleto. Diante disso, ampliou-se a publicação de textos em sites jurídicos especializados, os quais, embora certamente se caracterizem como ótimos meios de divulgação, não são certificados como fontes científicas em termos estritos, devendo-se evitar a citação em trabalhos acadêmicos, por exemplo. Assim, a ampliação dos *preprints* em servidores certificados para tanto pode ser um caminho adequado para reduzir o problema da demora na publicação, mantendo-se o rigor e a integridade científicos.

O compartilhamento antecipado também é relevante para (b) garantir o reconhecimento da originalidade do conteúdo, especialmente em temas que ganham especial destaque e recebem muita atenção da

²⁸ É certo que os periódicos que conseguirem reduzir os prazos do processo editorial e acelerar a publicação dos artigos poderão evitar muitos dos problemas que dão causa à adoção de *preprints*. Contudo, vale ressaltar que mesmo prazos bastante curtos (p. ex., 60 dias para publicação desde o recebimento do artigo pelo periódico) poderão ser prejudiciais quando houver urgência na divulgação de resultados sobre um determinado tema. Portanto, mesmo em um cenário ideal de aceleração geral do processo editorial dos periódicos, os *preprints* ainda poderão ter um papel importante.

²⁹ HERBERT, Rachel; GASSON, Kate; PONSFORD, Alex. The Need for Speed, How quickly do *preprints* become published articles? In: POWELL, Andrea; JOHNSON, Rob; HERBERT, Rachel. *ICSR Perspectives*. Elsevier, 2019, p. 2. Outra pesquisa aponta mediana semelhante de 174 dias entre o depósito do preprint e a publicação em revista (FU, Darwin Y; HUGHEY, Jacob J. Releasing a preprint is associated with more attention and citations for the peer-reviewed article. *eLife*, v. 8, e52646, p. 1-12, 2019, p. 2).

comunidade científica. Por vezes, esperar pelo término do processo editorial tradicional pode fazer com que a ideia deixe de ser original, em razão da publicação prévia de outros artigos sobre o mesmo tópico.³⁰ Assim, evita-se a duplicidade de pesquisas que possam ser desnecessárias, ao passo que os esforços científicos poderiam ser direcionados a avançar sobre o resultado já obtido.³¹

Apontam-se também benefícios na (c) revisão do conteúdo pelo autor, já que é possível alterar o artigo depois de publicizado. Os autores podem receber contribuições e críticas da comunidade científica a serem integradas a versões posteriores, o que é facilitado em alguns servidores, que possibilitam comentários aos artigos.³² Haveria, assim, uma “revisão por pares informal”,³³ aberta e transparente. Desse modo, a versão publicada ao final em uma revista terá sido submetida a uma análise mais ampla do meio acadêmico.

Haveria ainda vantagens de (d) acessibilidade e de impacto, uma vez que os resultados de pesquisas são acessíveis de forma gratuita a todos que tenham interesse, diferentemente de muitos periódicos, cuja assinatura ou aquisição dos artigos é custosa.³⁴ Portanto, a publicação prévia dos trabalhos científicos está de acordo com as diretrizes de uma ciência aberta.³⁵

³⁰ CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019, p. 5.

³¹ SOUZA, Jonathan R. S. The emergence of preprints for Brazilian science: considerations from the Nursing area. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 53, e03534, p. 1-8, 2019. p. 3.

³² HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 85.

³³ PINFELD, Stephen. Self-archiving publications. In: GORMAN, G.E.; ROWLAND, Fytton (eds). *International Yearbook of Library and Information Management 2004-2005: Scholarly publishing in an electronic era*. London: Facet, 2004, p. 2.

³⁴ HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 86.

³⁵ Sobre isso, ver: CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: Instrumentos e práticas para a Ciência aberta no Direito processual

Afirma-se que isso possibilitaria uma maior difusão do conteúdo, com potencial aumento do impacto. Nesse sentido, pesquisas empíricas constataram que trabalhos disponibilizados em servidores de preprint e depois publicados em revistas científicas possuem maior impacto, ou seja, são mais lidos e citados do que aqueles não depositados previamente.³⁶

Por fim, (e) viabiliza-se a publicação de textos que, de outra forma, não seriam aceitos em periódicos que passam por revisão por pares, mas que podem ser importantes para o avanço colaborativo da ciência, como pesquisas que não conseguem comprovar empiricamente suas hipóteses, réplicas de outros experimentos e resultados contraditórios.³⁷

2. RISCOS E QUESTÕES QUE DEVEM SER PONDERADAS NA IMPLEMENTAÇÃO DE PREPRINTS

O problema mais comumente apontado em relação aos *preprints* é a ausência de comprovação de qualidade do texto, em razão de não passar

penal - perplexidades e algumas possibilidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 25-40, jan./abr. 2018.

³⁶ Uma pesquisa que examinou 2.765 artigos publicados em periódicos da matemática entre 1997 e 2005 constatou que aqueles publicados no arXiv receberam em média 35% mais citações do que aqueles não depositados no servidor (Cf. DAVIS, Philip M.; FROMERTH, Michael J. Does the arXiv lead to higher citations and reduced publisher downloads for mathematics articles? *Scientometrics*, v. 71, n. 2, p. 203-215, maio 2007). Outra pesquisa mais recente analisou 74.239 artigos publicados em 39 revistas, dos quais 5.405 tinham anteriormente sido depositados como preprint, e constatou que artigos disponibilizados como preprint possuíam, em média, 49% maior *Altmetric Attention Score* e 36% mais citações (Cf. FU, Darwin Y; HUGHEY, Jacob J. Releasing a preprint is associated with more attention and citations for the peer-reviewed article. *eLife*, v. 8, e52646, p. 1-12, 2019). Também nesse sentido: FRASE, Nicholas; MOMENI, Fakhri; MAYR, Philipp; PETERS, Isabella. The relationship between bioRxiv preprints, citations and altmetrics. *Quantitative Science Studies*, v. 1, n. 2, p. 618-638, 2020.

³⁷ TEIXEIRA DA SILVA, Jaime A. The preprint debate: What are the issues? *Medical Journal Armed Forces India*, v. 74, n. 2, p. 162-164, abr. 2018, p. 164; HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 86.

por uma revisão por pares nos moldes tradicionais.³⁸ Assim, haveria o risco de um rebaixamento dos *standards* de qualidade da produção científica,³⁹ bem como a criação de incentivos aos acadêmicos para fazerem pesquisas e produzirem artigos de baixa qualidade acerca de tópicos da moda.⁴⁰

Vale destacar, contudo, que em algumas plataformas, como a “arXiv” há um breve e superficial controle preliminar (*desk review*) dos artigos, a fim de verificar se o conteúdo não é inapropriado e se é plausível para ser de interesse para comunidade.⁴¹ Em servidores relacionados à biologia e às ciências médicas (como o *bioRxiv* e o *medRxiv*), há normalmente uma revisão um pouco mais detida, em duas fases. Primeiro os artigos são examinados por um membro interno, a fim de verificar se há plágio ou incompletude. Em um segundo momento, são analisados por voluntários, especialistas no tópico do artigo, que avaliam a possível existência de conteúdo não científico ou de riscos à saúde ou à biossegurança. Podem, ainda, marcar os manuscritos para checagem futura. De todo modo, o objetivo desse controle preliminar é apenas identificar defeitos evidentes, não de avaliar a qualidade do artigo, como na revisão por pares tradicional.⁴²

³⁸ CHUNG, Kyu Jin. *Preprints: What is their role in medical journals?* *Archives of Plastic Surgery*, v. 47, n. 2, p. 115-117, mar. 2020, p. 116.

³⁹ CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019, p. 6.

⁴⁰ TEIXEIRA DA SILVA, Jaime A. The preprint wars. *AME Medical Journal*, v. 2, n. 6, jun. 2017, p. 1-2.

⁴¹ HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 86; STERLING, Evan. The Rising Popularity of Preprints. In: WATSON, Jada (ed.). *Moving through the Grey: Publishing in Action*. Ottawa, 2018, p. 49. Disponível em: <<https://ojs.scholarsportal.info/ottawa-school/index.php/PA/issue/view/18>>. Acesso em: 02 set. 2020; COPE Council. *COPE Discussion document: Preprints*. Mar. 2018, p. 3. Disponível em: <<https://publicationethics.org/resources/discussion-documents/preprints>>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁴² KWON, Diana. How swamped *preprint* servers are blocking bad coronavirus research. *Nature*, v. 581, n. 7807, maio 2020, p. 130-131.

Uma outra objeção aos *preprints* é a possível sobrecarga de informações, com publicação de um grande número de artigos desinteressantes e inúteis.⁴³ Por exemplo, em relação ao Covid-19, os servidores bioRxiv e medRxiv publicaram mais de três mil estudos sobre o tema desde o início da pandemia.⁴⁴

Informações equivocadas e não revisadas por pares podem ser divulgadas na mídia e alcançar um público que não teria condições de julgar a qualidade da produção científica⁴⁵ – o que poderia fornecer uma ilegítima aparência de cientificidade a “fake news” e gerar conteúdo que alimenta teorias conspiratórias.⁴⁶ Portanto, a mídia deve também diferenciar os *preprints* de artigos publicados após revisão por pares.⁴⁷

A publicação prévia de versões dos trabalhos também pode gerar problemas para os autores no que diz respeito à exigência de ineditismo, tradicionalmente requerida pelos periódicos científicos. Assim, as revistas poderiam não aceitar artigos previamente compartilhados em servidores de *preprint*.⁴⁸ Essa questão assume especial importância nas ciências criminais – e no direito de modo geral –, uma vez que a maioria dos periódicos não admitem trabalhos que tenham sido anteriormente publicados como *preprint* ou *postprint* (por exemplo, RBCCrim e REC).⁴⁹

⁴³ VALE, Ronald D. Accelerating Scientific Publication in Biology. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 112, n. 44, p. 13439–13446, nov. 2015, p. 13444.

⁴⁴ KWON, Diana. How swamped *preprint* servers are blocking bad coronavirus research. *Nature*, v. 581, n. 7807, maio 2020, p. 130-131.

⁴⁵ SHELDON, Tom. The Impact of Preprint on Media Reporting of Science. *The Lancet*, v. 392, n. 10154, out. 2018, p. 1194.

⁴⁶ KWON, Diana. How swamped *preprint* servers are blocking bad coronavirus research. *Nature*, v. 581, n. 7807, maio 2020, p. 130-131.

⁴⁷ HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 86.

⁴⁸ NALLAMOTHU, Brahmajee K.; HILL; Joseph A. Preprints and Cardiovascular Science Prescient or Premature? *Circulation*, v. 136, n. 13, p. 1177-1179, set. 2017, p. 1178; HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020, p. 87.

⁴⁹ “1.1.b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que

Trata-se, em grande medida, de uma questão política em prol da ciência aberta⁵⁰ e que também envolve complexidades econômicas aos periódicos, cujo futuro dependerá de uma tendência geral de aceitação de *preprints* por parte das revistas. Por enquanto, é de extrema importância que os autores consultem antes as normas de cada periódico antes de depositar a pesquisa em servidor, o que pode ser feito em diretórios de políticas editoriais de revistas científicas, como *Sherpa Romeo* e *Diadorim*.

Por fim, vale notar que os *preprint* normalmente não entram em métricas científicas oficiais.⁵¹ Por exemplo, os servidores de *preprint* não têm fator de impacto⁵² e os artigos neles publicizados geralmente não são considerados em pontuações para concursos para docência, seleções de bolsas e outros editais, embora tal cenário possa se alterar futuramente.⁵³ Além disso, discute-se a possibilidade de citação a um *preprint* em pes-

ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações” (Políticas Editoriais RBCCRIM. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>>. Acesso em: 19 set. 2020). “1.2 Os textos enviados deverão ser inéditos no Brasil, independente da forma de publicação, impressa e/ou eletrônica, e sendo vedada a análise de artigos submetidos simultaneamente a mais de um periódico” (Políticas Editoriais REC. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/edicoes/regras:ler>>. Acesso em: 19 set. 2020).

- ⁵⁰ CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019, p. 6; FERREIRA, Carlos M.; SERPA, Sandro. The Importance of Preprint in Scientific Publication: Perspectives and Challenges. *The Journal of Social Sciences Research*, v. 4, n. 12, p. 642-647, 2018. p. 643.
- ⁵¹ Vale notar que, embora não ingressem em indexadores controlados (como Scopus e WoS), os preprints podem ter o número de citações calculado pelo índice H do Google Acadêmico, o que para algumas áreas do conhecimento, como o Direito, seria valorado. Ainda não se sabe exatamente como isso se desenvolverá, contudo se aponta a tendência de que as citações aos preprints não seriam computadas às revistas em que possam ser posteriormente publicados, mas ao próprio servidor de preprint.
- ⁵² ELMORE, Susan A. Preprints: What Role Do These Have in Communicating Scientific Results? *Toxicologic Pathology*, v. 46, n. 4, p. 364-365, abr. 2018, p. 364.
- ⁵³ MAGGIO, Lauren; ARTINO JR., Anthony; DRIESSEN, Erik. Preprints: Facilitating early discovery, access, and feedback. *Perspectives on Medical Education*, v. 7, p. 287-289, 2018. p. 287.

quisas científicas, visto que não publicados em revistas certificadas e com controle por pares.⁵⁴ Esta é uma questão pertinente, a ser ponderada com cautela em discussões sobre implementação de *preprints*. Preliminarmente, pensa-se que a citação pode ser aceita se ainda não publicada a versão final em revista, porém sempre com identificação na referência de que se trata de *preprint* e atenção redobrada em relação à confiabilidade da pesquisa.⁵⁵

3. IMPACTOS SOBRE O PROCESSO EDITORIAL E SOBRE A PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM GERAL

Os *preprints* afetam o processo editorial tradicional em dois pontos que historicamente são tidos como fundamentos importantes na produção científica: (a) o ineditismo e (b) a avaliação dupla-cega por pares.⁵⁶ Tal discussão ressalta um conflito entre dois princípios caros para o movimento da ciência aberta: a disseminação do conhecimento e a validação por pares. Assim, faz-se necessário que a comunidade científica discuta normas e procedimentos a fim de esclarecer o estatuto dos documentos, não apenas para os seus membros, mas também para o público externo. É inegável, ainda, que se torna mais complexo identificar o grau de cientificidade dos textos aos quais se tem acesso.⁵⁷

⁵⁴ CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019. p. 12.

⁵⁵ Ressaltando a ampliação da responsabilidade do pesquisador para verificar a qualidade do que está citando: FERREIRA, Carlos M.; SERPA, Sandro. The Importance of Preprint in Scientific Publication: Perspectives and Challenges. *The Journal of Social Sciences Research*, v. 4, n. 12, p. 642-647, 2018. p. 645.

⁵⁶ FEITLER, Bruno. Editorial: a caminho de uma cultura de *preprints*? *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 39, n. 81, p. 7-11, mai./ago. 2019, p. 9. Sobre o controle por pares, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 437-458, mai./ago. 2017.

⁵⁷ STERLING, Evan. The Rising Popularity of Preprints. In: WATSON, Jada (ed.). *Moving through the Grey: Publishing in Action*. Ottawa, 2018, p. 57.

Primeiramente, (a) consolida-se uma “nova” função dos periódicos científicos em razão da mudança sobre a perspectiva do requisito de ineditismo. Os artigos disponibilizados em servidores certificados de *preprint* passam a ser aceitos como contribuições originais (não duplicadas ou redundantes, ou seja, que aportam um avanço no estado atual da discussão científica sobre o tema concreto), embora não inéditos em termos estritos.⁵⁸ Assim, em tais casos há uma alteração na lógica editorial, de modo que a publicação em revista científica passa a ser um certificado de “confiabilidade e qualidade” por meio da validação pelos pares,⁵⁹ e não um meio para a sua divulgação inicial e primordial.

Desse modo, os artigos publicizados como *preprints* e publicados em periódicos científicos têm propósitos distintos. O compartilhamento em servidores antes da revisão tem como finalidade disponibilizar as informações de forma célere à comunidade científica, em razão dos benefícios anteriormente indicados. Por outro lado, a publicação em periódicos reconhecidos e com controle pelos pares serve para assegurar a qualidade do artigo e avaliar a produção de um pesquisador, bem como a confiabilidade e reprodutibilidade dos dados.⁶⁰

Disponível em: <<https://ojs.scholarsportal.info/ottawa-school/index.php/PA/issue/view/18>>. Acesso em: 02 set. 2020.

⁵⁸ “Preprints are not considered prior publication in a way that would prevent later publication after peer review in a journal” COPE Council. *COPE Discussion document: Preprints*. Mar. 2018, p. 3. Disponível em: <<https://publicationethics.org/resources/discussion-documents/preprints>>. Acesso em: 16 set. 2020.

⁵⁹ “A função chave do periódico passa a ser a de validar a pesquisa como revisada por pares.” SCIELO Brasil, *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*, versão maio 2020, p. 29. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/20200500-Criterios-SciELO-Brasil.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020. Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 9-17, jan./abr. 2017; MINORELLI, Lucas; SILVA, Williams M. Publicações em periódicos de ciências criminais no Brasil: uma perspectiva de editores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1009, p. 359-381, nov. 2019.

⁶⁰ ELMORE, Susan A. Preprints: What Role Do These Have in Communicating Scientific Results? *Toxicologic Pathology*, v. 46, n. 4, p. 364-365, abr. 2018, p.

Percebe-se, portanto, que a implementação de sistemas de *preprint* não acarretará o fim das revistas científicas. Em realidade, poderá aprimorá-las, pois haverá a consolidação do papel de verificação e certificação realizado pelos periódicos, com a otimização de seus fluxos e do próprio processo de avaliação em razão da adoção de práticas de ciência aberta.⁶¹

Além disso, como ponto fundamental, a publicação em uma revista certificada possibilita a inclusão do artigo em repositórios e indexadores de referência, os quais são fontes necessárias para levantamento bibliográfico em outras pesquisas. Em um cenário de produção intensa de textos e fácil acesso pela internet, a existência de indexadores e catálogos (como Scopus, WoS, Scielo, etc.) serve exatamente para oferecer uma fonte segura de textos de qualidade, submetidos a um controle para seleção criteriosa. Ou seja, em um mundo de textos facilmente acessíveis pela *internet*, uma pesquisa deve necessariamente ao menos citar os artigos sobre o tema que estejam disponíveis em indexadores certificados.

Como segunda consequência ao processo editorial tradicional, (b) ocasiona-se a identificação da autoria do trabalho antes de sua avaliação formal. Ao postar o artigo no servidor de *preprint*, ele se torna público antes do controle por pares e, assim, resta inviável assegurar o anonimato do/a autor/a aos/às pareceristas.⁶² Ou seja, nesses casos altera-se o sistema de controle duplo-cego para simples-cego por pares, onde avaliadores poderão descobrir a identidade do/a autor/a, mas autor/a não saberá quem são os avaliadores.⁶³

364; BERG, Jeremy M. *et al.* Preprints for the life sciences. *Science*, v. 352, n. 6288, p. 899-901, maio 2016.

⁶¹ FERREIRA, Carlos M.; SERPA, Sandro. The Importance of Preprint in Scientific Publication: Perspectives and Challenges. *The Journal of Social Sciences Research*, v. 4, n. 12, p. 642-647, 2018. p. 644.

⁶² SCIELO Brasil, *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*, versão maio 2020, p. 29. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/20200500-Criterios-SciELO-Brasil.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.

⁶³ Sobre isso: SOUZA, Jonathan R. S. The emergence of preprints for Brazilian science: considerations from the Nursing area. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 53, e03534, p. 1-8, 2019. p. 4.

Pensa-se que a revisão duplo-cega ainda pode ser considerada um procedimento importante para buscar a imparcialidade das avaliações. Por essa razão, o depósito do *preprint* deve ser uma opção autorizada, mas não exigida.⁶⁴ Ou seja, produto de um ato unilateral do autor, que poderá decidir se quer publicizar seu artigo antes do controle pelos pares, identificando a autoria, ou mantê-lo secreto, garantindo o anonimato no momento da avaliação. Com isso, garante-se a possibilidade de que o autor, se quiser, não seja identificado, mas também se oferecem as potencialidades do *preprint*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a tendência de ampliação de *preprints* aporta um cenário de novas perspectivas à produção de conhecimento e à editoração de revistas científicas, contribuindo com a consolidação de medidas para uma ciência aberta. Seus riscos e benefícios devem ser ponderados com cautela, especialmente diante dos impactos em premissas tradicionais do processo editorial científico. Contudo, pensa-se que os potenciais benefícios se sobressaem:

a) Por um lado, permite-se a divulgação dos resultados da pesquisa rapidamente, especialmente em questões urgentes (casos em julgamento nos Tribunais, novas alterações legislativas, etc.). A demora inerente ao controle por pares costuma afastar autores que preferem publicar suas pesquisas imediatamente em sites não certificados como revistas científicas. Assim, a adoção de *preprints* pode alterar tal panorama e potencializar o impacto das investigações.

b) Além disso, possibilita-se um debate amplo, transparente e prévio à publicação, o que pode resultar em aprimoramentos das pesquisas até a sua publicação final. No todo, tal mudança não prejudica a

⁶⁴ “O uso dos *preprints* é uma opção e escolha dos autores e cabe aos periódicos adaptarem suas políticas para aceitar a submissão de manuscritos previamente depositados em um servidor de *preprint* reconhecido pelo periódico.” (SCIELO Brasil, *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*, versão maio 2020, p. 7. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/20200500-Criterios-SciELO-Brasil.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020).

qualidade e a seriedade do controle por pares e do processo editorial em geral, mas traz importantes benefícios e avanços para o campo científico.

c) A ampliação da publicidade e da divulgação das pesquisas de um modo célere potencializa a interação entre investigadores e grupos de pesquisa em temas correlatos e semelhantes, o que contribui para o desenvolvimento científico da área e tende a evitar esforços desperdiçados em resultados duplicados. Ademais, contribui para o avanço da ciência aberta a partir da adoção de servidores gratuitos e certificados para tanto.

Aos autores que pretendam publicizar suas pesquisas em servidores de *preprint*, alguns cuidados são necessários. Em um cenário de poucas revistas atualmente adeptas à política de autorização a *preprint*, o depósito do artigo pode reduzir as potenciais vias de publicação do texto, em razão da perda de ineditismo nos termos normalmente requeridos pelos periódicos. Além disso, o depósito deve ser feito em servidores certificados e, então, deve-se atentar cuidadosamente aos termos de direitos autorais previstos em cada um.

Ao realizar a submissão para uma revista, a autora deve avisar a equipe editorial sobre o depósito do artigo em servidor de *preprint*, apontando o DOI para verificação. Se houver a publicação do trabalho no periódico, a autora deve atualizar o *preprint* depositado para indicar tal publicação final com o respectivo DOI, visto que eventual citação da pesquisa deverá dirigir-se à versão final da revista.

Com a crescente exigência de celeridade na divulgação de informações, verifica-se uma tendência marcante no sentido de que os periódicos científicos passem a aceitar *preprints*, juntamente a outras medidas para consolidação de ciência aberta. Ademais, não se trata somente de maior celeridade, mas da consolidação de um sistema transparente e aberto de produção do conhecimento científico, o qual pode contribuir inclusive para o aprimoramento da própria pesquisa.

REFERÊNCIAS

BERG, Jeremy M. *et al.* Preprints for the life sciences. *Science*, v. 352, n. 6288, p. 899-901, maio 2016. <https://doi.org/10.1126/science.aaf9133>

CAPPARELLI, Bruna; GIACOMOLLI, Nereu J. Editorial: Instrumentos e práticas para a Ciência aberta no Direito processual penal - perplexidades e algumas possibilidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 25-40, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.137>

CHIARELLI Andrea; JOHNSON, Rob; PINFIELD, Stephen; RICHENS, Emma. Preprints and Scholarly Communication: An Exploratory Qualitative Study of Adoption, Practices, Drivers and Barriers [version 2]. *F1000Research*, p. 1-74, nov. 2019. <https://doi.org/10.12688/f1000research.19619.2>

CHUNG, Kyu Jin. *Preprints: What is their role in medical journals? Archives of Plastic Surgery*, v. 47, n. 2, p. 115-117, mar. 2020. <https://doi.org/10.5999/aps.2020.00262>

COBB Matthew. The prehistory of biology preprints: a forgotten experiment from the 1960s. *PLoS Biology*, v. 15, n. 11, nov. 2017, n.p. <https://doi.org/10.1371/journal.pbio.2003995>

COPE Council. *COPE Discussion document: Preprints*. Mar. 2018. Disponível em: <<https://publicationethics.org/resources/discussion-documents/preprints>>. Acesso em: 16 set. 2020.

DAVIS, Philip M.; FROMERTH, Michael J. Does the arXiv lead to higher citations and reduced publisher downloads for mathematics articles? *Scientometrics*, v. 71, n. 2, p. 203–215, maio 2007.

ELMORE, Susan A. Preprints: What Role Do These Have in Communicating Scientific Results? *Toxicologic Pathology*, v. 46, n. 4, p. 364-365, abr. 2018, p. 364. <https://doi.org/10.1177/0192623318767322>

FEITLER, Bruno. Editorial: a caminho de uma cultura de *preprints*? *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 39, n. 81, p. 7-11, mai./ago. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1806-93472019v39n81-00>

FERREIRA, Carlos M.; SERPA, Sandro. The Importance of Preprint in Scientific Publication: Perspectives and Challenges. *The Journal of Social Sciences Research*, v. 4, n. 12, p. 642-647, 2018. <https://doi.org/10.32861/jssr.412.642.647>

FU, Darwin Y; HUGHEY, Jacob J. Releasing a preprint is associated with more attention and citations for the peer-reviewed article. *eLife*, v. 8, e52646, p. 1-12, 2019. <https://doi.org/10.7554/eLife.52646>

FRASE, Nicholas; MOMENI, Fakhri; MAYR, Philipp; PETERS, Isabella. The relationship between bioRxiv preprints, citations and altmetrics. *Quantitative Science Studies*, v. 1, n. 2, p. 618–638, 2020. https://doi.org/10.1162/qss_a_00043

GENTIL-BECCOT, Anne; MELE, Salvatore; Brooks, Travis C. Citing and Reading Behaviours in High-Energy Physics. *Scientometrics*, v. 84, n. 2, p. 345-355, ago. 2010, p. 347-8. <https://doi.org/10.1007/s11192-009-0111-1>

HERBERT, Rachel; GASSON, Kate; PONSFORD, Alex. The Need for Speed, How quickly do *preprints* become published articles? In: POWELL, Andrea; JOHNSON, Rob; HERBERT, Rachel. *ICSR Perspectives*. Elsevier, 2019.

HORBACH, Serge P.J.M. Medical journals drastically speed up their publication process for Covid-19. *BioRxiv* (preprint), abr. 2020. <https://doi.org/10.1101/2020.04.18.045963>

HOY, Matthew B. Rise of the Rxivs: How Preprint Servers are Changing the Publishing Process. *Medical Reference Services Quarterly*, v. 39, n. 1, p. 84-89, fev. 2020. <https://doi.org/10.1080/02763869.2020.1704597>

JOHANSSON, Michael A.; REICH, Nicholas G.; MEYERS, Lauren A; LIPSITCH, Marc. Preprints: An underutilized mechanism to accelerate outbreak science. *PLoS Medicine*, v. 15, n. 4, abr. 2018. <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1002549>

KWON, Diana. How swamped *preprint* servers are blocking bad coronavirus research. *Nature*, v. 581, n. 7807, p. 130-131, maio 2020. <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01394-6>

LARIVIÈRE, Vincent *et al.* arXiv E-prints and the journal of record: An analysis of roles and relationships. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, v. 65, n. 6, 1157–1169, jan. 2014. <https://doi.org/10.1002/asi.23044>

LUTHER, Judy. The Stars Are Aligning for Preprints. *The Scholarly Kitchen*, 18 de abril de 2017. Disponível em: <<https://scholarlykitchen.sspnet.org/2017/04/18/stars-aligning-preprints/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

MAJUMDER, Maimuna; MANDL, Kenneth. Early in the epidemic: impact of preprints on global discourse about COVID-19 transmissibility. *The Lancet*, v. 8, e627-e630, 2020. [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(20\)30113-3](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(20)30113-3)

MAGGIO, Lauren; ARTINO JR., Anthony; DRIESSEN, Erik. Preprints: Facilitating early discovery, access, and feedback. *Perspectives on Medical Education*, v. 7, p. 287–289, 2018. <https://doi.org/10.1007/s40037-018-0451-8>

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

NALLAMOTHU, Brahmajee K.; HILL; Joseph A. Preprints and Cardiovascular Science Prescient or Premature? *Circulation*, v. 136, n. 13, p. 1177-1179, set. 2017. <https://doi.org/10.1161/CIRCULATIONAHA.117.031238>

NEYLON, Cameron; PATTINSON, Damian; BILDER, Geoffrey; LIN, Jennifer. On the origin of nonequivalent states: How we can talk about preprints. *F1000Research*, p. 1-13, maio 2017, p. 3. <https://doi.org/10.12688/f1000research.11408.1>

PINFELD, Stephen. Self-archiving publications. In: GORMAN, G.E.; ROWLAND, Fytton (eds). *International Yearbook of Library and Information Management 2004-2005: Scholarly publishing in an electronic era*. London: Facet, 2004.

SARABIPOUR, Sarvenaz; DEBAT, Humberto J.; EMMOTT, Edward; BURGESS, Steven J.; SCHWESSINGER, Benjamin; HENSEL, Zach. On the value of preprints: An early career researcher perspective. *PLoS Biology*, v. 17, n. 2, e3000151, p. 1-12, 2019. <https://doi.org/10.1371/journal.pbio.3000151>

SCIELO Brasil, *Critérios, política e procedimentos para a admissão e a permanência de periódicos na Coleção SciELO Brasil*, versão maio 2020, p. 7. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/20200500-Criterios-SciELO-Brasil.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.

SHELDON, Tom. The Impact of Preprint on Media Reporting of Science. *The Lancet*, v. 392, n. 10154, p. 1194, out. 2018. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(18\)31871-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(18)31871-3)

SOUZA, Jonathan R. S. The emergence of preprints for Brazilian science: considerations from the Nursing area. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 53, e03534, p. 1-8, 2019. <https://doi.org/10.1590/S1980-220X2019020803534>

STERLING, Evan. The Rising Popularity of Preprints. In: WATSON, Jada (ed.). *Moving through the Grey: Publishing in Action*. Ottawa, 2018. Disponível em: <<https://ojs.scholarsportal.info/ottawa-school/index.php/PA/issue/view/18>>. Acesso em: 02 set.2020.

TEIXEIRA DA SILVA, Jaime A. The preprint debate: What are the issues? *Medical Journal Armed Forces India*, v. 74, n. 2, p. 162-164, abr. 2018.

TEIXEIRA DA SILVA, Jaime A. The preprint wars. *AME Medical Journal*, v. 2, n. 6, jun. 2017. <http://dx.doi.org/10.21037/amj.2017.05.23>

TENNANT, Jonathan P. et al. Ten Hot Topics around Scholarly Publishing. *MDPI*, v. 7, n. 2, jun. 2019. <https://doi.org/10.3390/publications7020034>

TENNANT, Jonathan; BAUIN, Serge; JAMES, Sarah; KANT, Juliane. The evolving preprint landscape: Introductory report for the Knowledge Exchange working group on preprints. *MetaArXiv* (preprint), maio 2018. <https://doi.org/10.31222/osf.io/796tu>

VALE, Ronald D. Accelerating Scientific Publication in Biology. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 112, n. 44, 13439–13446, nov. 2015. <https://doi.org/10.1073/pnas.1511912112>

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

VASCONCELLOS, Vinicius G. Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 437-458, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.70>

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledge): Agradecemos a Lucas Minorelli pela leitura da versão preprint deste editorial e pelas sugestões de aprimoramentos.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): Os autores são editores da Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste editorial.

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

- *Vinicius Vasconcellos:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Felipe De-Lorenzi:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

Declaração de originalidade (declaration of originality): Os autores apontam que o texto aqui publicado foi depositado como *preprint* em 24.9.2020 (<https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.1243>). Futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

VASCONCELLOS, Vinicius G.; DE-LORENZI, Felipe da Costa. Editorial - Preprint e postprint em publicações científicas e no Direito: discussões e medidas para ciência aberta e divulgação de pesquisas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1091-1116, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.452>



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

Dossiê:
**A persecução da corrupção
como instrumento de luta política**

*The criminal prosecution of corruption
as an instrument of political struggle*

Editoriale del Dossier “Il contrasto alla corruzione come strumento di lotta politica”

Editorial do dossiê “A persecução da corrupção como instrumento de luta política”

Editorial of dossier “The criminal prosecution of corruption as an instrument of political struggle”

Renzo Orlandi¹

University of Bologna, Italy

renzo.orlandi@unibo.it

 <https://orcid.org/0000-0002-3027-4972>

Bruna Capparelli²

Autonomous University of Lisbon, Portugal

bruna.capparelli2@unibo.it

 <http://orcid.org/0000-0003-1249-2658>

ABSTRACT: Tradizionalmente, secondo la grammatica dei sistemi politico-costituzionali moderni di civil law, i luoghi della politica sono Parlamento e governo; magistratura e corti sono rette da altri principi, quelli del merito accertato in maniera imparziale e a condizioni di eguaglianza. Da una parte principio elettivo, dall'altra principio selettivo. I giudici sono in relazione con la politica solo indirettamente, per il tramite della legge, alla quale

¹ Full Professor of Criminal Procedure – University of Bologna (Italy).

² (2020-) Assistant Professor (Senior) of Criminal Procedure – Autonomous University of Lisbon. (2020-) Full Researcher of Criminal Procedure – “Ratio Legis” Autonomous University of Lisbon. (2018-2020) Researcher Associate of Criminal Procedure – “Ratio Legis” Autonomous University of Lisbon. (2018) PhD in Criminal Procedure – University of Bologna. (2018) PhD in Criminal Science – PUCRS (joint doctorate). Bachelor’s in Law – University of Bologna. Fully qualified attorney (Italy).

detto corpo deve obbedire. Parlamento e governo sono i luoghi della democrazia, l'altro è quello dei migliori, o dei tecnici, o della competenza. Nondimeno, dogmi e concetti che reggevano una volta la distinzione tra ciò che pertiene alla magistratura e ciò che, invece, sfugge al suo dominio divengono a loro volta sfuggenti, e per superare molte difficoltà che derivano da queste ambiguità, si fa ormai silenziosamente capo a una figura meticciosa, quella del “magistrato politico”.

Passando per il mito dell’“uomo forte”, alimentato dallo spirito antielitista e dal risentimento sociale, fino ad arrivare all’attuale assenza di *gravitas* nella gestione di decisioni collettive, ai modi di formazione dell’opinione pubblica e della sua influenza sulle decisioni politiche, con il presente editoriale gli Autori riflettono sulle cornici interpretative delle trasformazioni che stiamo vivendo – ampiamente discusse nell’ordinamento processuale penale italiano – nell’intento di stimolare il dibattito sul tema della “lotta alla corruzione”, sia in una prospettiva di carattere generale, sia, più specificamente, nei suoi rapporti con il principio di legalità penale.

PAROLE CHIAVE: Editoriale; contrasto alla corruzione; diritto processuale penale; politica; “magistrato politico”; giustizia.

RESUMO: *Tradicionalmente, segundo a gramática dos sistemas políticos-constitucionais modernos de civil law, os locais da política são o Parlamento e o governo; o Judiciário e o Ministério Público são regidos por outros princípios, os do mérito apurados com imparcialidade e em condições de igualdade. De um lado, o princípio eletivo, de outro, o princípio seletivo. Os juízes e os promotores se relacionam com a política apenas indiretamente, por meio da lei, a que Judiciário e MP devem obedecer. Parlamento e governo são os lugares da democracia, o outro é o local dos melhores, ou dos técnicos, ou da competência. No entanto, dogmas e conceitos que antes mantinham a distinção entre o que pertence ao judiciário e ao Ministério Público e o que, por outro lado, escapa ao seu domínio, tornam-se por sua vez elusivos e, para superar muitas dificuldades que derivam dessas ambiguidades, criou-se silenciosamente uma figura híbrida, a do “magistrado político” (o que, no sistema italiano, abrange a figura do juiz e do promotor).*

Passando pelo mito do “homem forte”, alimentado pelo espírito antielitista e pelo ressentimento social, até a atual ausência de gravitas na gestão das decisões coletivas, nas modalidades de formação da opinião pública e sua influência nas decisões políticas, neste editorial pretende-se refletir sobre os marcos interpretativos das transformações que estamos vivenciando - amplamente discutidas no sistema processual penal italiano - com o objetivo de estimular o debate sobre o tema da “luta contra a corrupção”, tanto em

uma perspectiva geral, quanto, mais especificamente, em suas relações com o princípio de legalidade penal.

PALAVRAS-CHAVE: Editorial; *persecução da corrupção*, Direito Processual penal; política; “magistrado político”; justiça.

ABSTRACT: *Usually, according to the grammar of the modern political-constitutional systems of civil law, the places of politics are the Parliament and the government; judges and courts are governed by other principles, those of merit ascertained impartially and under conditions of equality. On the one hand, the elective principle, on the other, the selective principle. Judges are connected to politics only indirectly, through the law, which the Judiciary must obey. Parliament and government are the places of democracy, the other is the home of the best, or of technicians, or of competence. However, dogmas and concepts that once signaled the distinction between what pertains to the judiciary and what, on the other hand, escapes its dominion, become in turn elusive, and to overcome many difficulties that derive from these ambiguities, it is now silently headed to a hybrid figure of the “political magistrate”.*

Passing through the myth of the “strong man”, powered by the anti-elitist spirit and some social bitterness, up to the current absence of gravitas in the management of collective decisions, to the ways of forming public opinion and its influence on political decisions, in this editorial the Authors reflect on the interpretative frameworks of the transformations we are experiencing - widely discussed in the Italian criminal procedure system - aiming to stimulate the debate on the theme of the “fight against corruption”, both from a general perspective, and, more specifically, in its relations with the principle of criminal legality.

KEYWORDS: Editorial; *criminal prosecution of corruption*; Criminal Procedure; political; “political magistrate”; justice.

SOMMARIO: Introduzione. 1. Il contrasto alla corruzione come strumento di lotta politica. 2. Quali prospettive?

INTRODUZIONE

«La corruzione è fenomeno che trascende la questione penale. Sembra essere diventata una piaga politico-sociale, con significative ripercussioni anche sui bilanci economici degli Stati. In vari Paesi, i processi per fatti di

corruzione hanno contribuito al tramonto di esperienze politiche [...] o di personalità di primissimo piano [...]. Si ha l'impressione che i protagonisti della politica contemporanea vivano sotto il costante sospetto di essere dei corrotti. [...] Di qui la tendenza degli ordinamenti processuali a superare l'ostacolo incoraggiando la collaborazione (whistleblowing, non punibilità, sconti di pena) o con particolari tecniche d'indagine (agenti provocatori, agenti sotto copertura). Per rendere più efficace il contrasto alla corruzione si istituiscono anche speciali unità investigative come accade ad esempio in Spagna con la Fiscalía Especial contra la Corrupción. In Italia è stata istituita una autorità amministrativa (Autorità Nazionale Anti-Corruzione) col compito di studiare e prevenire i fenomeni di corruzione, ma anche di raccogliere informazioni utili all'impostazione della attività repressiva delle procure della Repubblica [...]»³: alterazioni e distorsioni dello scenario odierno in tema di “corruzione” erano annunciate con queste parole nella scheda di presentazione della Call for Papers; si evidenziavano altresì le conseguenze politiche, giuridiche, economiche, finanziarie che da tempo connotano le politiche penali in tema di corruzione⁴, oltre alle fragilità sistematiche degli Stati-nazione, i quali, dovendosi adattare al nuovo contesto dominato dalla globalizzazione, lasciano sviluppare nel proprio interno autorità non statali per far fronte al fenomeno⁵. Bisogna pertanto saper diffidare del termine “corruzione” e dei sentimenti che evoca la “lotta” a un fenomeno certamente odioso, ma che si presta a

³ ORLANDI, Renzo. Il contrasto alla corruzione come strumento di lotta politica. In: Scheda di presentazione del dossier RBDPP 2019-2020, reperibile al link <https://drive.google.com/file/d/1xnbo1wR-IrivgNnrfQ7McNrXkexZfvI3/view>.

⁴ Considerazioni più tecniche sono contenute in CAPPARELLI, Bruna. Tutela dell'interesse finanziario europeo e processo penale interno. In: MARIA ISABEL ROMERO PRADAS, *Integración Europea Y Justicia Penal: Nuevos Postulados, Retos Y Desafíos De La Cooperación Judicial En La Unión Europea - Homenaje A La Profesora Dra. Da Ma Isabel González Cano (Universidad De Sevilla)*. Tirant lo Blanc, 2020, p. 7 s.

⁵ Si crea così un'altra area di conflitti, perché attraverso le autorità indipendenti si sottrae al governo una parte dell'esecuzione e la si affida ad apparati indipendenti dal governo, operanti meno secondo criteri politici e più con tecniche e metodi di tipo quasi giudiziario. Ma a chi rispondono le autorità indipendenti? Quanto può estendersi il campo riservato alle autorità indipendenti? Paradossalmente, queste ultime, proprio per i motivi appena elencati, una volta istituite, non rischiano di subire un processo di erosione?

facili strumentalizzazioni persino da parte di chi la corruzione la pratica sistematicamente, una volta occupate posizioni di potere. E c'è poi da chiedersi cosa conosciamo sulla portata effettiva del fenomeno in questione nelle diverse aree del pianeta. Sappiamo se diminuisce o aumenta? Siamo in grado di misurare l'efficacia dei rimedi adottati e delle istituzioni (giudiziarie, amministrative) create per contrastarla?

Quanto al termine, esso comprende una varietà di reati, oltre che condotte che di per sé non sono vietate e sanzionate penalmente ma, semmai, da codici di condotta.

Rispetto alla portata, di certo occorre evitare di riferirsi alla corruzione “percepita”, a sua volta influenzata da come e quanto i *media* riportano episodi e notizie, sicché, più frequenti sono le notizie (anche ripetute) di vicende corruttive e relative iniziative giudiziarie, più si ha l'impressione che il fenomeno sia diffuso; e più l'azione di contrasto è propagandata come efficace, maggiori sono le richieste di ulteriori interventi⁶. Meglio dunque riferirsi alla corruzione “sperimentata”⁷.

Per intendere come la corruzione influisca sulla politica, bisogna considerarne cause e costi.

Tra le cause, vanno menzionati assenza di professionalità nelle amministrazioni pubbliche, complessità e tempi dei processi di decisione, ricorso a procedure derogatorie: la prima perché indebolisce gli uffici pubblici, le altre perché conferiscono a essi un eccesso di discrezionalità.

⁶ Sappiamo pure che più l'area privata avanza nel perimetro statale, più l'attività pubblica presta il fianco alla corruzione. Questa costituisce un ulteriore limite perché modifica la corretta trasmissione degli impulsi popolari provenienti dalle assemblee rappresentative o dal governo: decisioni di spesa, allocazione delle risorse, localizzazione degli investimenti, distribuzione di benefici e altri tipi di decisioni vengono così deviati dalla loro corretta direzione. A tali propositi cfr. GALASSO, Giuseppe. *Liberismo e democrazia*, Salerno, 2013, p. 8 s.

⁷ In base agli indici di corruzione percepita, l'Italia è al sessantunesimo posto su 167 Paesi, dietro Stati come Namibia, il Ruanda e la Romania. Le due indagini di Eurobarometro e “Trasparenza Internacional”, dirette ad accertare se gli intervistati fossero stati oggetto di richieste o aspettative di tangenti, mostrano invece che l'Italia si colloca nella media europea. Naturalmente, anche i dati sulla corruzione sperimentata vanno usati con cautela a causa delle domande rivolte agli intervistati e del campione prescelto. Il rapporto ISTAT sulla corruzione è disponibile in www.istat.it: *La corruzione in Italia: il punto di vista delle famiglie*, 12 ottobre 2017.

Quanto ai costi, i maggiori sono costituiti dal dispendio di denaro pubblico, dalle diseguaglianze che ne conseguono, a danno di coloro che si trovano “le porte chiuse”, e dalla sfiducia prodotta nei cittadini rispetto alle istituzioni democratiche. Ai costi economici si aggiungono quelli politici, riguardanti il circuito della democrazia (sostegno dei propri rappresentanti, ai quali è affidato il compito di scegliere i governi, chiamati a loro volta a dirigere gli uffici pubblici, erogare servizi alla collettività). Se tale circuito si incrina, se lungo di esso si registrano perdite, il sostegno popolare diminuisce e nascono movimenti di ispirazione populistica, di ribellione, alimentati dalla sfiducia, con inevitabili pericoli per la sopravvivenza dell’apparato democratico.

Su queste problematiche sono stati invitati a riflettere – nello specifico dell’ordinamento italiano e non solo – gli autori del presente numero monografico. Aleggiano sullo sfondo più ampie questioni, che hanno inevitabilmente guadagnato la scena dell’analisi critica: il rapporto tra diritto e politica, tra democrazia e diritto, tra legalità e giustizia⁸, tra “magistrato politico”⁹ e giustizia¹⁰.

1. IL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE COME STRUMENTO DI LOTTA POLITICA

Per “lottare” contro la corruzione in Italia sono impegnati un’apposita Autorità nazionale (ANAC), che avrebbe compiti preventivi, e le procure, con compiti repressivi (su queste ultime, si ritornerà in seguito).

In particolare, l’ANAC, la cui azione è invocata con una funzione salvifica della giustizia, è nondimeno sovraccaricata di molteplici funzioni (oltre all’anticorruzione: trasparenza, inconfirabilità e incompatibilità degli incarichi, misure straordinarie nei confronti dell’impresa, controllo dei

⁸ Al riguardo si veda CAPPARELLI, Bruna. *Il potere giudiziario e la legge processuale penale in Italia*, in MONTEIRO GUEDES VALENTE (a cura di), *Os desafios do direito do século XXI: genoma humano, europeísmo, poder e política, Constituição e democracia*, Almedina, 2019, p. 101-133.

⁹ L’espressione è contenuta nella prefazione di Tullio Padovani al testo SGUBBI, Filippo. *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, p. 15.

¹⁰ Cfr. GUARNIERI, Carlo. *Giustizia e politica: i nodi della seconda repubblica*, Bologna, 2003, p. 28 s.

contratti pubblici, monitoraggio, codici di comportamento dei dipendenti pubblici ecc. ecc.), e poco attrezzata per svolgerle.

L'inefficacia dell'azione pubblica, prodotta anche dalla corruzione e dai rimedi predisposti per impedirla, produce un divario tra promesse e risultati, scaricando sulla "classe politica" gli effetti di attese a cui non corrispondono realizzazioni, con conseguenti frustrazioni e sfiducia nei confronti degli organismi rappresentativi.

Ma le decisioni prese dagli organi rappresentativi in nome del popolo sono, si sa, limitate dal diritto. Dunque, anche la sovranità popolare è sottoposta a vincoli, alcuni di questi sono particolarmente stretti. La sovranità popolare non può liberamente espandersi. Come è noto, la componente garantistica del potere pubblico, fondata sul diritto, sui giudici, sulle autorità indipendenti, sul metodo di decisione mediante contraddittorio (processo), viene storicamente prima della componente democratica, perché si è sviluppata grazie all'apporto del pensiero liberale del XVIII e del XIX secolo¹¹. Sia perché ha tradizione più risalente, sia perché consiste principalmente di un metodo, questa componente si è estesa, penetrando tanto nell'elemento democratico quanto in quello autoritativo. Anche la legge, voluta dai rappresentati del popolo, è sottoposta a un giudice. Anche la decisione amministrativa, presa dal potere esecutivo, è sottoposta, all'occorrenza, a un giudice, che ne valuta la corrispondenza ai parametri legali. Ma il controllo da parte del giudice di leggi e di atti amministrativi è, poi, andato oltre, determinando continue tensioni. Dal parlamento, di tanto in tanto, provengono segni di insofferenza per la Corte costituzionale e per la magistratura in generale. L'opinione pubblica lamenta che ogni decisione, per le quali vigono ordinamenti separati e autonomi, facenti capo a enti con personalità giuridica propria, sui quali vigilano appositi tribunali, finisca quasi sempre dinnanzi a un Tribunale amministrativo. Si riaffaccia l'antico interrogativo: se la suprema autorità sia affidata al popolo o al diritto (avendo l'ultima parola, in questo secondo caso, i giudici). Ma la forza espansiva del diritto nel campo dell'autorità si manifesta anche in un altro modo, imponendo all'autorità di liberarsi dei suoi privilegi, di perseguire il fine pubblico

¹¹ Per una lucida analisi del fenomeno v. CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*, 2002, Laterza, p. 65 s.

indicato dalla legge con mezzi non diversi da quelli privati. Le corti sono spesso accusate di fare politica. Ci si chiede se le decisioni dell'organo democratico per eccellenza, il legislatore (sia nazionale, sia locale), possano essere sottoposte allo scrutinio di un organo che opera come giudice neutrale, non influenzato dalla politica e dalle decisioni democratiche¹². Gli organismi rappresentativi possono dettare norme ma non possono regolare casi concreti la cui decisione è rimessa a sistemi giudiziari. Da qui le continue tensioni tra politica e giustizia. Queste tensioni sono particolarmente accentuate quando i giudici affrontano problemi sociali e politici importanti, come quello della corruzione. In questi casi, essi hanno la scelta tra *restraint* e *activism* e seguono strategie molto diverse: rifiutarsi di decidere, dichiarando la questione inammissibile; posporre la decisione; definirla in termini generali; riconoscere un diritto e una procedura, lasciando autonomie nelle scelte concrete ecc. ecc. L'atteggiamento dei giudici è molto diverso. I giudici operano nella trama fissata dalla legge, ma non sono solo esecutori della legge. C'è una grande quantità di giudici che assumono un ruolo importante nel prendere decisioni, nel fare scelte. Molte decisioni, poi, non sono rilevanti solo per le parti in giudizio, ma anche per la collettività. È in ordine a queste che si verificano i più estesi contrasti tra politica, gli organi rappresentativi e i giudici.

Si registra, altresì, una crescente domanda di giustizia che scarica sul sistema giudiziario una grande quantità di istanze. Ma se i giudici ampliano la propria sfera d'azione e il peso delle loro decisioni, si verificano almeno due conseguenze: (1) l'offerta di giustizia crea una crescente domanda di giustizia; (2) il sistema giudiziario svolge una sempre maggiore surrogazione dei meccanismi democratici di decisione.

Come è noto, molti episodi di contrasto alla corruzione in Italia e nel mondo riportano i riflettori sulla figura del pubblico ministero. In Italia le procure della Repubblica sono dotate di indipendenza nei confronti degli organi politici. Svolgono il ruolo di accusa. Ma debordano sia invadendo campi estranei, sia utilizzando, attraverso l'uso distorto di intercettazioni

¹² La diffusione universale di standard, come quello di proporzionalità, fa pensare a una globalizzazione della giustizia, confermata dal frequente dialogo tra i giudici, che accentua il limite per la democrazia prodotto dalla giustizia nazionale. Cfr. MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 45 s.

e custodia cautelare, procedure di “*naming and shaming*”, poco produttive sul piano processuale, ma molto efficaci sul piano politico e dell’opinione pubblica, spesso poste in essere al solo scopo di additarle al pubblico ludibrio. Come è facile intuire, gli effetti principali di questi interventi si producono nell’ambito politico, stimolando la sfiducia dell’elettorato, con la divulgazione di atti che dovrebbero essere noti solo alle parti, conditi di dettagli irrilevanti per il diritto ma rilevanti per il costume. Insomma, si nomina per svergognare. Le intercettazioni diventano un modo per fare processi in piazza¹³, come non si faceva neppure in età medioevale. Si ricorre con troppa facilità a strumenti che non richiedono neppure di installare mezzi di raccolta dati e conversazioni (una delle specie di *trojan*). Ci si fida del parlato, non dello scritto. Si ricorre a conversazioni tra terze persone per incolpare un soggetto estraneo alla conversazione. I dati raccolti diventano – in modi non accertati – di dominio pubblico e finiscono sulle prime pagine dei giornali. Alcune regole elementari sull’esercizio della funzione di giustizia sono abbandonate. Non c’è rispetto del criterio di proporzionalità (era possibile ricorrere a mezzi meno invasivi?). Non è rispettato il principio costituzionale della comunicazione riservata delle accuse all’incolpato. Si dimentica il principio di cautela nell’esercizio di compiti che attengono alla vita, alla libertà, alla riservatezza. In questa direzione, i procuratori sono sempre più proiettati nello spazio pubblico, dove sono ascoltati più per i poteri di cui dispongono che per quello che pensano, e conseguentemente diventano i naturali candidati alle posizioni di vertice di quella politica della quale dovrebbero restare distanti per dovere d’ufficio.

Di fatto, negli ordinamenti moderni le procure svolgono una pluralità di ruoli, supplendo o sostituendo decisioni che dovrebbero essere collettive, in nome di una indipendenza che viene tradita dal loro dialogo diretto con l’opinione pubblica e dalle carriere politiche che ne conseguono per i singoli procuratori.

I conflitti con il corpo politico in Italia sono stati noti e numerosi: alcuni fisiologici, perché la giustizia costituisce un naturale limite della

¹³ Per riflessioni sulle modalità di impostazione dell’indagine da parte del pool milanese durante Tangentopoli, v. ORLANDI, Renzo. Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell’*inquisitio generalis*?, *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1996, p. 555 s.

politica; altri patologi, perché la giustizia non risponde al compito fondamentale che è chiamata a svolgere.

Se ci si muove da questo piano teorico, da questi grandi problemi, e si passa al livello applicato¹⁴, alle pratiche, il quadro si presenta assai più problematico. Ma anziché ricordare singoli episodi sarebbe preferibile avviare una riflessione sui cambiamenti strutturali dell'ordine giudiziario. Questo si è sdoppiato, e non nel senso indicato da coloro che invocano la separazione delle carriere. Sembra quasi che le procure non siano più in funzione del giudizio, ma accusano e giudicano. E, anzi, spesso non sembrano interessate a vincere nel processo, dinnanzi a un giudice terzo, come dimostrano le posizioni di chi vorrebbe un sistema in cui l'imputato è costretto a patteggiare prima ancora del processo. Una condanna senza giudice, irrogata direttamente dall'ufficio dell'accusa. Il filtro che doveva essere svolto dal giudice per le indagini preliminari, nei confronti dell'azione dei pubblici ministeri, è venuto meno, per la debolezza funzionale del Gip. Come si ricorderà, con il vecchio codice di procedura penale, il giudice istruttore era il vero *dominus* dell'istruttoria, che era da lui condotta e che si concludeva con un'ordinanza, da lui sottoscritta, di rinvio a giudizio o di proscioglimento¹⁵. Il giudice istruttore svolgeva una vera e propria dialettica con il pubblico ministero. Nel sistema attuale, il vasto materiale raccolto dai pubblici ministeri viene inviato al giudice per le indagini preliminari che, per ragioni strutturali e per la funzione residuale da loro svolta, si limita, di fatto, a un controllo formale e "cartaceo". Tutto finisce nel dibattimento, che secondo il codice del 1988, come è noto, è il luogo in cui si forma la prova. Inoltre, sempre secondo il "nuovo" codice di procedura penale, i processi si sarebbero dovuti svolgere in gran parte secondo i riti alternativi (giudizio abbreviato e applicazione della pena su richiesta delle parti). Così non

¹⁴ V, per tutti, ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana, in NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Materiali dell'incontro di studio Ferrara 12-13 dicembre 2010, Giuffrè, 2011, p. 51-83.

¹⁵ Cfr. CONSO, Giovanni. Precedenti storici e iter della legge n. 108 del 1974, in CONSO G., GREVI V., NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Cedam, 1989, p. 3-75.

è stato. Il potere delle procure è quindi cresciuto negli interstizi delle procedure. E questa disfunzione può dirsi ulteriormente aggravata con l'eccessiva durata dei processi. Se il processo fosse più rapido, la verifica dell'azione delle procure sarebbe tempestiva, e il loro potere, anche in relazione ai mezzi di comunicazione di massa, sarebbe condizionato dalla sollecitudine del giudizio. Quando il processo è rapido, la dialettica tra le parti e tra le diverse posizioni, anche nell'opinione pubblica, è più equilibrata. Quando, al contrario, dopo un'incisiva azione delle procure (arresti, intercettazioni rese pubbliche e perquisizioni), il dibattito in primo grado si svolge a distanza di anni, l'accusatore diventa giudice, perché il giudizio definitivo arriverà troppo tardi¹⁶.

Tornando allo scambio di ruoli tra giudice e procure, è utile ricordare come ci sono ancora molte componenti che andrebbero studiate attentamente, che richiedono analisi sia giuridiche, sia sociologiche. Il trapasso delle procure da organo di accusa a organo di accusa-giudizio avviene in virtù dell'azione combinata di più protagonisti, i cui legami non sono sempre evidenti. Il primo passo lo fanno le procure che "svelano"; il secondo i mezzi di comunicazione, che diffondono; il terzo le forze politiche che sanzionano. Una specie di azione coordinata tra poteri dello Stato, opinione pubblica e forze politiche, che trova corrispondenza nella richiesta dello Stato verso la società, di assenza di impermeabilità dell'azione pubblica, di trasparenza. A tal proposito, è sufficiente ricordare il modo efficace in cui vengono denominate le inchieste, a opera delle autorità di polizia e delle procure, e la tecnica con la quale vengono gestite le comunicazioni successive, in modo da assorbire e superare le reazioni degli indagati che vedono i propri nomi sui giornali; oppure al rilievo dato alle indagini delle procure, comparato con il nessun rilievo che hanno sui mezzi di comunicazione le sentenze emanate al termine dei processi¹⁷. Si tratta di un nuovo potere, che si consolida attraverso la narrazione di un'Italia corrotta e che avvalorata una visione negativa

¹⁶ Cfr. BRONZO, Pasquale. La ragionevole durata sotto l'incubo prescrizione, in *Sistema Penale*, 29 luglio 2020 e MAZZA, Oliviero. La riforma della prescrizione dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale, in *Sistema Penale*, 21 gennaio 2020.

¹⁷ A tal proposito, si ricordano le parole pronunciate – «cronaca giudiziaria come mezzo di lotta politica» – dal procuratore della repubblica Giuseppe Pignatone

della società italiana. Il passaggio successivo è inevitabile: la politica si impossessa dell'accusa-giudizio, e, a sua volta, diventa il nuovo eroe popolare, un generoso giustiziere che ruba all'élite per dare al popolo, giacché «dal popolo viene la forza»¹⁸.

2. QUALI PROSPETTIVE?

L'analisi appena esposta è incompleta e sommariamente abbozzata, né questa era la sede per entrare in più sottili dettagli. La prospettiva illustrata si presta tuttavia a essere adottata come ipotesi di lavoro.

In ogni caso, ciò che emerge è che sembra essersi venuto a creare un nuovo potere dello Stato, che accusa e giudica in piazza, che è dotato di un potere sanzionatorio informale, ma efficace. Proprio grazie a esso, politica e giustizia ristabiliscono un antico legame, come, del resto, hanno notato gli studiosi francesi che parlano oramai di “Stato della giustizia”¹⁹, anziché di Stato di diritto.

In questo quadro delineato, i giudici, paradossalmente, finiscono col passare in secondo piano e la presunzione d'innocenza sembra scomparire del tutto²⁰.

Più in generale, i poteri pubblici sono fabbricati con materiali diversi, con consistenze e resistenze differenti che sono obbligati a legare tra di loro. Da tutti questi materiali essi traggono una fonte di legittimazione: sono legittimati dal popolo, dal diritto, dall'effettività delle decisioni. Nessuno di questi elementi può mancare. Nondimeno, tutti restano assieme con difficoltà, perché il potere pubblico risponde a esigenze contraddittorie. Occorre dunque ristabilire una zona di

in occasione dell'incontro di studi all'Università Luiss Guido Carli dal titolo *Il rischio reputazionale nell'era dei social media*, Roma, 21 ottobre 2019.

¹⁸ La frase si può leggere in RIVAROL, Antonie. *Esprit de Rivarol*, Paris, 1808, p. 37.

¹⁹ Per tutti, v. KRYNEM, Jacques. *L'emprise contemporaine des judges*, Paris, 2012.

²⁰ Ancora estremamente attuali le osservazioni contenute in ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979.

equilibrio²¹. Si può legittimamente chiedere che la magistratura requirente proceda con quella cautela che è propria di un magistrato. Altrimenti, si dà ragione a chi sostiene che, dei poteri dello stato, l'unico che non risponde a nessuno è la magistratura; a chi ritiene che le procure seguano propri indirizzi politici, cercando di influenzare l'opinione pubblica o – peggio – a chi ritiene che esse si facciano strumentalizzare da forze o orientamenti politici esterni ovvero che il CSM sia diventato uno strumento di trasmissione di pressioni interne, di corrente, oppure personali, con collegamento con figure appartenenti al mondo dei partiti, non meritando così l'indipendenza assicurata dall'ordinamento all'ordine giudiziario nel suo complesso. In particolare, colpiscono alcune circostanze che mostrano assenza di rispetto per le istituzioni e di regole deontologiche elementari: colloqui su argomenti ufficiali, come la scelta di titolari di cariche pubbliche, che si svolgono al ristorante anziché in ufficio; partecipazione a tali colloqui di soggetti estranei al CSM; ricorso ad argomenti estranei (persone indicate “perché dei nostri” e non per specifiche qualità individuali o per esigenze legate alla carica); decisioni “a pacchetto”, che si sostanziano nella scelta di più persone insieme per accontentare tutti o, ancora, inchieste pilotate e interferenza nella selezione del personale con procedure d'ufficio delle procure, ossia esattamente la “stortura” per evitare la quale era stato istituito il CSM. Insomma, si tratta indubbiamente di metodi molto irregolari.

In definitiva, si potrebbe affermare che l'ordine giudiziario registra attualmente gravi inefficienze e che al suo interno si muovono soggetti che non rispondono agli alti standard richiesti a un magistrato. Anzi, le ferite alla legittimità sono inferte proprio da coloro che dovrebbero assicurarla, alimentando l'anti-Stato. Ma se chi fa politica non ha una politica, ecco che il vuoto è inevitabilmente riempito dalle procure e da questa nuova figura del “magistrato politico”.

²¹ Da un lato, il Parlamento esonda con leggi sempre più dettagliate, che aspirano a essere auto-applicative, trasformandosi in legislatore-amministratore. Dall'altro lato, le decisioni collettive sono sempre più nelle mani delle procure e dei giudici. La prima tendenza espande la democrazia, la seconda amplia l'epistocrazia. Ambedue limitano l'azione dell'amministrazione, per cui l'esecutivo viene privato della sua discrezionalità e le competenze tecniche degli uffici vengono frustrate.

BIBLIOGRAFIA

BRONZO, Pasquale. La ragionevole durata sotto l'incubo della prescrizione, in *Sistema Penale*, 29 luglio 2020.

CAPPARELLI, Bruna. Il potere giudiziario e la legge processuale penale in Italia, in MONTEIRO GUEDES VALENTE (a cura di), *Os desafios do direito do século XXI: genoma humano, europeísmo, poder e política, Constituição e democracia*, Almedina, 2019, p. 101-133.

CAPPARELLI, Bruna. Tutela dell'interesse finanziario europeo e processo penale interno, in MARIA ISABEL ROMERO PRADAS, *Integración Europea Y Justicia Penal: Nuevos Postulados, Retos Y Desafios De La Cooperación Judicial En La Unión Europea - Homenaje A La Profesora Dra. Da Ma Isabel González Cano (Universidad De Sevilla)*. Tirant lo Blanck, 2020, p. 1-35.

CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*, 2002, Laterza, p. 65 s.

CONSO, Giovanni. *Precedenti storici e iter della legge n. 108 del 1974*, in CONSO G., GREVI V., NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Cedam, 1989, p. 3-75.

GALASSO, Giuseppe. *Liberismo e democrazia*, Salerno, 2013, p. 8 s.

GUARNIERI, Carlo. *Giustizia e politica: i nodi della seconda repubblica*, Bologna, 2003, p. 28 s.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979.

KRYNEM, Jacques. *L'emprise contemporaine des judges*, Paris, 2012.

MANES, Vittorio. *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 45. s.

MAZZA, Oliviero. La riforma della prescrizione dei due orologi: la prescrizione fra miti populistici e realtà costituzionale, in *Sistema Penale*, 21 gennaio 2020.

ORLANDI, Renzo. *Il contrasto alla corruzione come strumento di lotta politica*, Scheda di presentazione del dossier RBDPP 2019-2020, reperibile al link <https://drive.google.com/file/d/1xnbo1wR-IrvgNnrfQ7McNrXkexZfvI3/view>.

ORLANDI, Renzo. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in NEGRI, Daniele e PIFFERI, Michele (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*. Materiali dell'incontro di studio Ferrara 12-13 dicembre 2010, Giuffrè, 2011, p. 51-83.

ORLANDI, Renzo. Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'*inquisitio generalis*?, *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1996, p. 555 s.

RIVAROL, Antonie. *Esprit de Rivarol*, Paris, 1808.

SGUBBI, Filippo. *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Acknowledgment: Gli Autori ringraziano i dott. Mattia Giangreco e Vinicius Vasconcellos per l'attento lavoro di revisione del testo dello scritto.

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

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

- *Renzo Orlandi:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Bruna Capparelli:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

ORLANDI, Renzo; CAPPARELLI, Bruna. Editorial del dossier “*Il contrasto alla corruzione come strumento di lotta politica*”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1119-1134, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.458>



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

A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal

The transnationalization of corruption and the use of the penal procedure as a political tool

Ricardo Jacobsen Gloeckner¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil
ricardogloeckner@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/2085174043653648>

 <https://orcid.org/0000-0002-1205-380X>

Felipe Lazzari da Silveira²

Centro Universitário Ritter dos Reis – Porto Alegre/RS, Brasil
felipe_lsilveira@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5830643220329971>

 <https://orcid.org/0000-0002-2738-6914>

RESUMO: O presente artigo problematiza o entrelaçamento das cruzadas contra a corrupção e a racionalidade neoliberal, e também os reflexos produzidos por essa dinâmica sobre o processo penal, sobretudo a sua utilização como instrumento político. Tal esforço teórico justifica-se em razão do que se verificou após a Operação Lava Jato, especialmente o uso de velhos e novos discursos punitivistas visando o recrudescimento do sistema de justiça criminal e a sua influência

¹ Pós-doutor pela Università Degli Studi di Napoli Federico II; Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Advogado.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC/RS; Professor de Direito Penal, Direito Processual e Criminologia do Curso de Direito do Centro Universitário IPA – Metodista; Advogado.

no cenário político-governamental. Nesse sentido, partindo da premissa de que a corrupção não pode ser reduzida mediante a supressão de direitos e garantias processuais, este escrito tem como objetivo demonstrar que as campanhas anticorrupção, nos moldes conforme disseminadas desde as últimas décadas do século passado, têm servido para alavancar o projeto neoliberal e, no caso brasileiro, para obstaculizar a democratização do campo processual penal. Para tanto, mediante uma revisão bibliográfica e documental, estruturado em quatro tópicos, apresentará uma genealogia da transnacionalização da corrupção, demonstrará o vínculo das campanhas anticorrupção com os intentos neoliberais, e esmiuçará o papel decisivo desempenhado pela cruzada contra a corrupção iniciada no Brasil em 2014 para o fortalecimento dos caracteres autoritários do processo penal, bem como para o seu uso político.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção; Neoliberalismo; Processo Penal; Autoritarismo.

ABSTRACT: This article questions the involvement of the fight against corruption and the neoliberal rationality, as well as the consequences brought by this interaction to the criminal procedure, mainly its use as a political tool. This theoretical endeavor is due to the discoveries of Operação Lava Jato, in good part to the use of old and new punitive ideologies that tend to aggravate the criminal justice system and its influence in the political-governmental scenario. Concerning the facts previously mentioned, and considering that corruption cannot be reduced under the suppression of procedural rights and guarantees, this paper aims at showing that the anti-corruption campaigns have been of great relevance to stimulate the neoliberal project. Regarding Brazil, these campaigns have helped prevent the democratization of the penal procedure field. For this purpose, this paper is going to present the origin of transnationalization of corruption through a bibliographic and documental analysis. In four topics, the present paper is going to demonstrate the connection of anticorruption campaigns to the neoliberals' intentions, and establish the determinant role played by the fight against corruption, which started in Brazil in 2014, to the strengthen of authoritarian characteristics of the criminal procedure, as well as to its political use.

KEYWORDS: Corruption; Neoliberalism; Criminal Procedure; Authoritarianism.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Corrupção: uma breve genealogia; 2. Corrupção e neoliberalismo; 3. Breves apontamentos sobre a transnacionalização do enfrentamento à corrupção; 4. O processo penal como instrumento de combate à corrupção; Conclusões; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As relações entre processo penal e “combate à corrupção” tornaram-se bastante estreitas nas últimas décadas. Evidentemente que esta aproximação não poderia deixar de ser notada quando se averigua a interpenetração entre política e direito, e no campo processual penal, a maximização das esferas mais perversas conexas à instrumentalidade do processo.

Como já exposto em outro estudo, a noção de instrumentalidade do processo foi uma das estruturas de significação primordiais na permanência de categorias processuais penais autoritárias. Mesmo o advento da Constituição da República não foi um ponto de ruptura suficientemente forte para sufragar a necessidade de mudança e alinhamento do processo penal aos ditames constitucionais. A instrumentalidade do processo estrutura-se justamente no paradigma do poder desenvolvidos pela escola superior de guerra, promovendo o que se poderia denominar como uma “ideologia da segurança nacional” através do processo³.

Parte considerável das respostas - para quem procura os signos da continuidade autoritária no direito processual penal - pode ser encontrada nesta articulação entre política e processo. A noção de instrumentalidade do processo corresponde justamente ao cruzamento entre funções extraprocessuais da jurisdição – interpretada como poder⁴ – e o tecnicismo jurídico que, não apenas ajudou a construir o arcabouço

³ Sobre isso: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁴ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

jurídico do processo penal estadonovista, mas se manteve latente por largo espectro temporal. A exacerbação das funções políticas decorrentes da perspectiva instrumentalista foi fundamental para que a profunda alteração epistemológica que se sucedeu no processo penal conseguisse enraizar-se. Dentro do lapso temporal pós-Constituição da República, encontra-se um fenômeno de difícil descrição – ao menos no âmbito do presente estudo – que corresponde a um processo de ressignificação das velhas categorias autoritárias oriundas do liberalismo reacionário ítalo-brasileiro⁵. Mas este movimento de encontrar as razões da permanência de certas categorias no processo penal é incapaz de fazer frente ou de desnudar os procedimentos de cristalização e sedimentação de novas estruturas sógnicas autoritárias. Em outras palavras, se epistemologicamente o campo das ideias autoritárias no processo penal – especialmente pelas lentes do pensamento de Francisco Campos – possui sede na sociologia (assim como para outros ideólogos como Oliveira Vianna, Azevedo Amaral e Alberto Torres), a nova faceta autoritária contemporânea assume o viés economicista. O fenômeno do autoritarismo processual penal brasileiro é complexo, mormente pelo fato de que se trata de um movimento que ocorre por justaposição. Pode-se dizer que juntamente com as ressignificações das velhas categorias autoritárias ocorre o fenômeno do surgimento de uma segunda camada dimensional, capaz de agregar ao velho autoritarismo... o novo autoritarismo.

Do ponto de vista da construção destas ideias, assume especial relevo o pensamento de Ricardo Silva, que apresenta Roberto Campos e Eugenio Gudín como os principais ideólogos autoritários pós-1964.⁶ Assim, evidentemente que se a sociologia se prestou a emprestar fundamento às categorias processuais penais ítalo-brasileiras, esta sintomatologia se revestirá do léxico economicista. Assim, pode-se afirmar que o direito processual penal também se nutrirá de perspectivas diversas, para além da sociologia dos anos 30 do século XX ou do próprio tecnicismo jurídico

⁵ As estruturas dos códigos processuais penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940 são muito parecidas. Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

⁶ Cf. SILVA, Ricardo. *A ideologia do Estado autoritário no Brasil*. Chapecó: Argos, 2004.

que ofereceu uma reforma de fachada aos processos codificatórios. Novas categorias processuais penais que desembocam na relativização de direitos e garantias (o que garante a continuidade autoritária sob registros simbólicos aparentemente distintos) sucedem os velhos cânones de inspiração de codificadores como Rocco ou Manzini.

Em sendo assim, pode-se interpretar o fenômeno processual penal brasileiro que marcou o megaprocesso denominado de Lava-Jato como a consolidação (não a origem ou mesmo o *leitmotiv*) de uma nova fase do autoritarismo processual penal brasileiro. Mais do que isso, nota-se que o amparo desse pensamento (que compreende as garantias processuais penais como obstáculos à eficiência do sistema punitivo) na economia não é gratuito.

Nesse sentido, de início, deve-se destacar que o neoliberalismo não corresponde simplesmente a uma fórmula econômica que postula a retração do Estado e um retorno a uma ontologia naturalista do *laissez faire*. Trata-se, antes, de uma racionalidade.⁷ De acordo com o pensamento ordoliberal alemão, a formulação de uma economia social de mercado exige a intervenção estatal, de maneira a se garantir a “liberdade de concorrência”, a fórmula mágica de liberais como Friedman ou/e Hayek⁸. A intervenção estatal para garantir a liberdade de concorrência se expressa e se cristaliza de forma absolutamente transparente nas políticas tatcherianas da década de 80 na Inglaterra, sob a fórmula de um Estado forte para garantir a liberdade de mercado (*strong state and free economy*). Ou talvez de forma ainda mais honesta, no golpe de Estado chileno, que propiciou um campo político absolutamente servil às políticas econômicas da Escola de Chicago. Pouca dúvida resta que o neoliberalismo nasce como uma contrarrevolução, estabelecendo-se primordialmente como

⁷ Cf. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

⁸ Diante das limitações de espaço impostas pelo formato do presente artigo, é inviável aprofundar a análise sobre a liberdade de concorrência como uma fórmula neoliberal. Por isso, recomendamos a leitura de FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolitica*. Curso en el Collège de France. (1978-1979). Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007; e de DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

doutrina antipática à participação popular na gestão da coisa pública, rectius, tendente a subsidiar ditaduras, desde que a liberdade de mercado fosse respeitada, como admitiu o célebre intelectual Friedrich Hayek em entrevista ao jornal chileno *El Mercurio*⁹. Não existe incompatibilidade entre neoliberalismo e autoritarismo. Do contrário, pela desigualdades e conflitos que provoca, o neoliberalismo necessita do autoritarismo para se estabilizar. Em síntese: ao mesmo tempo em que instiga a liberdade de mercado, o neoliberalismo exige que o Estado lance mão de seu braço forte e repressivo para garanti-la.¹⁰ Nessa dinâmica que tomou proporções globais e que logicamente afetou o Brasil, a ideia de combate à corrupção nos moldes estabelecidos pelo *establishment* financeiro adquiriu um papel fundamental, visto que forneceu discursos universais capazes de legitimar a continuidade e também o recrudescimento da performance autoritária do processo penal, tencionando, precipuamente, o cumprimento de fins políticos.

O que desponta neste cenário é que a racionalidade neoliberal ingressa no campo do processo penal e influencia sua instrumentalidade. Isto posto, considerando o quadro global, mas tendo como foco o caso brasileiro, o presente artigo parte das seguintes questões-problemas: Qual a relação entre a concepção de combate à corrupção que predomina no plano internacional e a racionalidade neoliberal? Em que medida e de que modo essa ideia de “luta contra a corrupção” subserviente aos interesses neoliberais influencia o campo processual penal? Que reflexos resultam da instrumentalização política do processo penal?

Destarte, este trabalho tem como objetivo problematizar tais questionamentos visando demonstrar as hipóteses de que as campanhas anticorrupção consistem em impulsos estratégicos que visam a redução do Estado nos termos propostos pela cartilha neoliberal; que a racionalidade neoliberal, que sustenta um Estado altamente interventivo na esfera das liberdades (exceto na liberdade econômica), vislumbra as garantias

⁹ Cf. VON HAYEK, F. A. *Extracts from an Interview with Friedrich Von Hayek* (Jornal El Mercurio, Chile, 1981). Disponível em: <<https://puntodevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>>; Acesso em 22.mai.2019.

¹⁰ Cf. HINKELAMMERT, Franz. *Totalitarismo del mercado*. El mercado capitalista como ser supremo. Ciudad de México: Akal: Inter Pares, 2018.

processuais penais como obstáculos à eficiência e à modernização do sistema de justiça penal e, por isso, encapsulada na ideia de combate à corrupção, impele o recrudescimento do processo penal; e que a instrumentalização política do processo penal inviabiliza sua democratização e deteriora o próprio regime democrático. Assim, para que se possa acompanhar o desenvolvimento das cruzadas anticorrupção e compreender seus influxos sobre o processo penal, faz-se necessário identificar as ideias motrizes que marcam as disputas entre as concepções sobre a corrupção, os interesses que as circundam, e também os modos como elas interferem nos campos político e jurídico-penal. São esses esforços que, mediante uma revisão bibliográfica e documental, serão propostos no presente artigo.

1. CORRUPÇÃO: UMA BREVE GENEALOGIA

Não é de se estranhar que a partir dos anos 90 tenha ocorrido um fenômeno de preocupação em escala internacional a respeito da corrupção. No entanto, a forma atual com a qual lidam as principais agências internacionais – Transparência Internacional, Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial, etc. – repousa num quadrante delimitado: a concepção de corrupção como abuso de poder de um agente público que busca um benefício privado orienta todos estes atores. Evidentemente, desde um olhar atemporal, a adoção deste conceito em nível transnacional coabita vitórias e derrotas. A disputa entre alternativas versões sobre a delimitação da categoria corrupção indica, claramente, que existe uma determinada orientação política em sua caracterização, o que consequentemente indica a própria politização das campanhas anticorrupção que se seguiram nos últimos anos. Notoriamente, a categorização destas instituições é insuficiente. A ideia de que o fenômeno corrupção encontra explicação na prática de um ator racional que busca maximizar seus ganhos (*rent seeking*) constitui uma falaciosa e débil teoria criminológica herdada de economistas que sintetizam o universo da criminologia a um cálculo racional, como se para reduzir as chances de êxito da empreitada criminosa, bastasse diminuir as oportunidades, ou seja, atuar sobre o ambiente, propiciando contraestímulos mais fortes do que aqueles que conduzem o agente público à busca de lucratividade.

Tal justificativa teórica também encontra na escola da Virgínia – *Public Choice* – elementos vitais para se cristalizar e se consolidar como o paradigma dominante nesta quadra da história. Inegavelmente, as políticas anticorrupção foram elaboradas com base na premissa de que o comportamento dos funcionários públicos não diverge de atores privados, ou seja, que as determinações comportamentais são idênticas: o *rent seeking*.

Tal conceituação é produto da atuação norte-americana na formulação de políticas e da própria delimitação desta categoria. Como destaca Singer, “o combate à corrupção foi internacionalizado pelos Estados Unidos através do monopólio de sua definição legal, ativado mediante instrumento de guerra concorrencial”¹¹. Portanto, percebe-se claramente que ao lado do tema corrupção encontra-se uma perspectiva de reformismo político (imposição do neoliberalismo como racionalidade de governo), vinculada à própria privatização de seu enfrentamento – o que se faz sobretudo com a adoção de programas de integridade e regimes de leniência às grandes corporações¹², criando-se uma indústria, aquela do *compliance*.

Em nível internacional, os exemplos de cruzadas anticorrupção são múltiplos. Tomando-se o caso da Albânia, evidencia-se o denominado “paradoxo da corrupção”: de 1998 a 2005 (o período da mais intensa reforma anticorrupção operada neste país) a corrupção na Albânia cresceu¹³. No mesmo sentido podem ser citados problemas similares nas cruzadas anticorrupção no México¹⁴, Colômbia¹⁵, Bulgária, Nigéria, China,

¹¹ WARDE, Walfrido. *O Espetáculo da Corrupção*: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo um país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 107.

¹² Sobre a forma usual de leniência com relação às grandes corporações, recomendamos a leitura de GARRET, Brandon. *Too Big to Jail: how prosecutors compromise with corporations*. London: Harvard University Press, 2014.

¹³ KAJSIU, Blendi. *A Discourse Analysis of Corruption: instituting neoliberalism against corruption in Albania, 1998-2005*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 02.

¹⁴ Conforme CORONADO, Gabriela. Discourses of Anti-Corruption in Mexico: culture of corruption or corruption of culture? PORTAL Journal of Multidisciplinary International Studies, vol. 5, no. 1, 2008.

¹⁵ KAJSIU, Blendi; RESTREPO OSSA, Ana Maria. La Dimensión Ideológica de los Discursos Anticorrupción en Colombia y Ecuador: 2002 – 2017. *Colombia Internacional*. v. 101, 2020. p. 189.

Rússia, Bélgica¹⁶, Itália e Espanha¹⁷, Romênia¹⁸ dentre outros países. As denominadas políticas anticorrupção serviram, no caso da Albânia, para institucionalizar a ordem neoliberal. Contra a ameaça da corrupção – indicada como um defeito e um problema do setor público – a racionalidade neoliberal de privatização, desregulamentação e de “mercados livres” foi vendida como a solução para o problema¹⁹. No caso da Albânia, a instalação da ordem neoliberal se deu efetivamente através de pelo menos dois pontos importantes: a) a assunção da corrupção como o grande mal do país, servindo como uma categoria metafísica capaz de explicar as diversas falhas governamentais, fossem elas políticas, econômicas ou sociais; b) nas campanhas anticorrupção, a corrupção foi definida como abuso do poder público para fins privados, como restrita ao setor público. Assim, o neoliberalismo apresentaria a mercadorização de bens comuns e do livre mercado como medidas ajustáveis à plataforma anticorrupção²⁰.

Para compreender essa dinâmica, é vital analisar como o paradigma anticorrupção acabou sendo cooptado pelo pensamento economicista. O tema da corrupção pode ser abordado desde distintas matrizes. Do ponto de vista do paradigma sociológico da modernização, especialmente através de noções weberianas como a de patrimonialismo, a corrupção corresponde a uma resposta simples para o atraso do terceiro-mundista. Desde o paradigma econômico (e dominante), a corrupção acarretaria ameaça à noção de concorrência perfeita ao produzir distorções de mercado.

Uma das principais vertentes teóricas neste sentido é a concepção de que a corrupção se instalou em países em desenvolvimento por força da modernização incompleta: do ponto de vista da tradição weberiana, a

¹⁶ KRASDEV, Ivan. *Shifting Obsessions: three essays on the politics of anticorruption*. Budapest: New York: CEU Press, 2004. p. 43.

¹⁷ MATTONI, Alice. From Data Extraction to Data Leaking: data-activism in Italian and Spanish anti-corruption campaigns. *Partecipazione e Conflitto*. n. 10. v. 3, 2017, p. 723-746.

¹⁸ OLTEANU, Tina; BEYERLE, Shaazka. The Romanian People Versus Corruption: the paradoxical nexus of protest and adaptation. *Partecipazione e Conflitto*. n. 10. v. 3, 2017, p. 797-825.

¹⁹ KAJSIU, Blendi. *A Discourse Analysis of Corruption: instituting neoliberalism against corruption in Albania, 1998-2005*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 04.

²⁰ KAJSIU, Blendi. *A Discourse Analysis of Corruption: instituting neoliberalism against corruption in Albania, 1998-2005*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 05-06.

corrupção seria o elemento precípua que impediria um país de completar o seu ciclo de modernidade. Assim, um país que possuísse uma administração centralizada sob os alicerces do pessoalismo, do autoritarismo e da burocracia não conseguiria implementar um modelo de administração condizente com o modelo weberiano de legalidade-racionalidade na gestão da coisa pública. Os processos de modernização incompletos explicariam a “natureza corrupta” dos países de terceiro mundo²¹. Neste aspecto, coexistem duas variantes sociológicas que procuram estabelecer as bases desta análise sobre a corrupção: a) a moralista, que trata da corrupção a partir de marcos claramente morais e compreende a corrupção como crise ética e b) a funcionalista, que inclusive enxergará na corrupção determinada positividade consistente em um arranjo capaz de “azeitar” as engessadas estruturas burocráticas. Do ponto de vista da primeira teoria, Wraith e Simpkins²² afirmarão que o problema da corrupção na África seria a avareza das pessoas (evidentemente, toda perspectiva moralizante, sempre reducionista, depende estreitamente de valorações metafísicas). Do ponto de vista da segunda corrente, a corrupção poderia ter efeitos positivos, como a integração dos imigrantes recém-chegados, satisfação de demandas de empresários locais ou ainda, a estabilização das cidades norte-americanas²³. Como defenderá Huntington, a corrupção poderia inclusive conduzir ao desenvolvimento destes países, facilitando investimentos, fortalecendo a concorrência entre empresas e permitindo que grupos marginais pudessem participar do processo político²⁴.

Segundo estas vertentes sociológicas, a corrupção somente seria erradicada no momento que normas universalmente aceitas predominassem sobre atitudes egoísticas e individualmente orientadas²⁵. Evidente-

²¹ THEOBALD, Robin. *Corruption, Development and Underdevelopment*. London: Macmillan, 1990. p. 47.

²² A tese dos autores é desenvolvida em WRAITH, R. SIMPKINS, E. *Corruption in Developing Countries*. London: George Allen and Unwin, 1963.

²³ MERTON, Robert. *Social Theory and Social Structure*. New York: The Free Press, 1968. p. 127-133.

²⁴ HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. 3 ed. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 64.

²⁵ LEFF, Natalie. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. *The American Behavioral Scientist*. n. 8. v. 8, 1964. p. 13.

mente que atribuir a corrupção como um problema do terceiro mundo significa não apenas distinguir entre países dominantes e dominados, mas também identificar que os países em desenvolvimento deveriam adotar as mesmas soluções que foram incorporadas pelos países desenvolvidos, repristinando velhas cantilenas colonialistas, ou seja, a existência de um mundo melhor e livre de corrupção. Ao demonstrar a patologia dos países em desenvolvimento, criava-se a atmosfera de “normalidade” e de superioridade moral dos países desenvolvidos²⁶. Pior ainda é a conclusão de Huntington que, ao admitir a funcionalidade da corrupção, estaria ao mesmo tempo concluindo pela superioridade do livre mercado sobre a burocracia estatal, oferecendo conclusões muito próximas daquelas da escola da *public choice*²⁷.

Porém, o espaço perfeito para que os discursos em torno da corrupção assumissem centralidade seria a sua recepção pelo pensamento economicista. Dentro do paradigma econômico, especialmente na década de 70, diversos escândalos de corrupção americanos instauraram a retomada do debate desde óticas diversas. Isso explica a inabilidade das teorias sociológicas, especialmente das funcionalistas de base sociológico-weberiana, em explicarem a corrupção. O novo paradigma que dominaria o campo da corrupção seria então aquele adjunto à escola da *public choice*, ou seja, o que propõe a interpretação do fenômeno da corrupção através de um modelo explicativo próprio da economia. Para os pensadores desta escola, o comportamento humano seria aquele da racionalidade, o homem como um ser utilitarista e egoísta. Sendo assim, o comportamento humano não encontraria diferenças na esfera pública ou privada. É dentro deste arcabouço teórico que se instalaria o paradigma da corrupção compreendida principalmente como *bribery* (abuso de poder em benefício privado). A partir deste ponto de vista, e considerando o agente público como sujeito a um comportamento utilitário, maximizador de ganhos e egoísta, a resposta para a corrupção estaria na redução dos estímulos ambientais ao comportamento corrupto. Para

²⁶ BRATSI, Peter. The Construction of Corruption or Rules of Separation and Illusion of Purity in Bourgeois Society. *Social Text* 77. n. 21. v. 4, 2003. p. 18.

²⁷ HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. 3 ed. New Haven: Yale University Press, 2006. p. 69.

Ackerman, talvez a maior autoridade em corrupção nesta perspectiva, o combate à corrupção deve se desenvolver através de uma série de técnicas que combinam preocupações economicistas de modelagem do comportamento egoísta com o reconhecimento da ciência política de que as instituições políticas e burocráticas oferecem estímulos estruturais muito distintos daqueles pressupostos pelo paradigma da concorrência de mercado²⁸. Desde esta perspectiva, onde quer que existam ganhos existirá o problema da corrupção, uma vez que a corrupção como *bribery* corresponde a uma atividade através da qual diversos atores procuram ganhos oferecidos pelo governo²⁹.

Neste ponto, a teoria do agente-principal (Klitgaard³⁰) definirá a corrupção como uma divergência entre o interesse público (interesse do principal) e aquele do funcionário do Estado. Como destaca Klitgaard, a corrupção ocorre quando o agente trai o interesse do principal em detrimento do seu interesse pessoal³¹. Interessante que assim, sempre que o principal alocar recursos que podem ser geridos pelo agente público haverá oportunidade para a corrupção. Klitgaard definirá uma fórmula que estabelece a corrupção: C (corrupção) = M (monopólio) + D (discricionariedade) – A (*accountability*). Por essa ótica, a corrupção equivalerá à possibilidade de alguém ser corrompido.

Esta orientação – quiçá a dominante hoje nos campos econômico e neoinstitucionalista – analisa a corrupção desde uma abordagem que a coloca como uma falha estatal. Mark Philp³² destaca que as análises sobre a corrupção provenientes da *public choice* possuem pouquíssimo otimismo com relação à estabilidade da ordem política e jurídica, e por isso favorecem uma mudança da política para o mercado. Neste sentido, como já

²⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. London: New York: Academic Press, 1978. p. 3-4.

²⁹ KAJSIU, Blendi. *A Discourse Analysis of Corruption: instituting neoliberalismo against corruption in Albania, 1998-2005*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 19.

³⁰ Cf. KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

³¹ KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988. p. 24.

³² PHILP, Mark. Defining Political Corruption. In: WILLIAMS, R. *Corruption. Cheltenham*: Edward Elgar, 2000. p. 387.

apontado pelos próprios pensadores da *public choice*, as regras jurídicas e as regulamentações sobre a corrupção produzem o efeito de incrementar o nível da propina, assim como a intervenção estatal no mercado teria o condão de criar estímulos à corrupção. Assim, o desafio de combater a corrupção seria o de deixar mais livres os mercados, cuja estabilidade seria resultado da concorrência perfeita, sem distorções de qualquer natureza³³. Mesmo para Susan Rose-Ackerman, que tece críticas contra as soluções simplistas e que sustenta que a corrupção não ocorre apenas por falhas do governo, mas também dos mercados³⁴, o melhor a se fazer seria reduzir as oportunidades da corrupção através do enxugamento do Estado. Em outras palavras, a autora chancela a ode entoada pelos neoliberais de que a concorrência perfeita de mercado seria o fator principal na inibição da corrupção³⁵. Coincidentemente, essa leitura do fenômeno da corrupção é contemporânea da implementação do neoliberalismo no plano político-governamental, primeiramente no Chile de Pinochet, e depois nos EUA de Reagan e na Inglaterra de Thatcher, experiências que puseram fim ao *Welfare State*.

2. CORRUPÇÃO E NEOLIBERALISMO

O monólogo neoliberal sobre a corrupção não poderia deixar de lado, evidentemente, a Escola de Chicago. Gary Becker sustentará que a principal fonte da corrupção é a mesma em todo o lugar: governos máximos e amplos com o poder de distribuir muitos bens para diferentes grupos. Desse modo, reduzir a corrupção equivaleria a tornar o Estado menor, com a introdução de lógicas empresariais como forma de governo.³⁶ Trata-se de um pensamento que coaduna com a máxima expressa por Reagan quando presidente dos EUA: “o governo não é a solução, é o problema”

³³ LEVI, M. *Of Rule and Revenue*. Los Angeles: University of California Press, 1988. p. 24.

³⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. London: New York: Academic Press, 1978. p. 09.

³⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. London: New York: Academic Press, 1978. p. 187.

³⁶ BECKER, Gary. If You Want to cut Corruption, Cut Government. *Business Week*. 11. December, 1995. p. 26.

Esta agenda neoliberal não teria êxito não fossem grandes instituições transnacionais a bancar este jogo e esta teoria. Assim, agências como a Transparência Internacional, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial encampariam propostas reformadoras, destacando-se evidentemente, o Consenso de Washington e seus critérios reitores, que alinham campanhas de ajuste fiscal e contração de gastos públicos (menos Estado) às campanhas anticorrupção. Como demonstram de forma irrefutável Willians e Beare em sua análise sobre a agenda do Banco Mundial e seus diversos relatórios, o discurso da corrupção promoveu a integração de estratégias econômicas e políticas que visavam aumentar a liberdade do capital³⁷.

O discurso em torno da corrupção, como demonstrado por Krastev, se tornou a principal narrativa política em um contexto pós-democrático³⁸, servindo como uma metanarrativa autossuficiente para explicar desde economias que faliam às justificativas de por que os ricos permaneciam ricos e os pobres, pobres³⁹. Os caminhos que as campanhas anticorrupção propagaram no sentido de pavimentar o caminho para a neoliberalização dos governos se relaciona pelo menos com três dimensões, todas elas conectadas entre si. A primeira delas é a advertência de que a corrupção é o principal entrave para o desenvolvimento dos países, apesar de não existirem provas empíricas destas afirmações. Assim, por ser um elemento parasitário do setor público, ela teria de ser combatida através de medidas como a redução do tamanho do Estado mediante privatizações e instauração de controles orçamentários (políticas de austeridade que, como demonstra Blyth,

³⁷ WILLIAMS, W. J; BEARE, E. M. The Business of Bribery: globalization, economic liberalisation, and the problem of corruption. *Crime, Law and Social Change*. n. 32. v. 2, 2000. p. 140.

³⁸ Toma-se emprestado o termo de Colin Crouch, para quem o principal efeito do neoliberalismo será a erosão da democracia e do próprio parlamento. CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity Press, 2004. p. 04. No Brasil esta expressão será adotada por CASARA, Rubens. *Sociedade Sem Lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

³⁹ KRASTEVEV, Ivan. *Shifting Obsessions: three essays on the politics of anticorruption*. Budapest: New York: CEU Press, 2004. p. 43.

nunca deram certo⁴⁰). Em segundo lugar, as campanhas anticorrupção propaladas pelas agências internacionais demandarão que determinado país “aceite” mecanismos de regulação standardizados como, por exemplo, a adoção de legislações anti-lavagem de dinheiro e contra o crime organizado. Em terceiro lugar, todas as demandas que em princípio são convergentes com os programas anticorrupção – apesar de sua heterotopia – apresentam-se sem contrastes, em uma cadeia de equivalências. Neste sentido, o neoliberalismo como uma racionalidade política seria o meio mais eficaz para que fosse promovida e restituída a erradicação da corrupção, mesmo que à custa da democracia.

Como é possível destacar a partir das conclusões de Mouffe e Laclau⁴¹, um significante vazio (neste caso a corrupção) autoriza uma série de articulações políticas que procuram hegemonizar um discurso. O deslizamento do significado sobre o significante é a operação básica que configura o significante vazio. A superabundância de significados se articula com diversos contextos, o que explica em boa parte a sua estrutura “vazada” e plural, e lhe torna apta para hegemonizar determinado campo. E é justamente sobre este efeito de deslizamento do significado sobre o significante que ilustra melhor as campanhas anticorrupção, que são sempre desprovidas de qualquer sustentáculo de materialidade. São efeitos performativos de um jogo político, no qual o prefixo “anti” desnuda o significado, dominando-o e tornando-o indene a críticas. Evidentemente que se no seu âmago a anticorrupção não designa nada além de propostas cuja finalidade seria o “fim da corrupção”, naturalmente a sua tendência hegemonizadora aparece tranquilamente como um efeito mais propriamente despolitizante e convergente para um pseudo-consenso em torno do problema: quem seria favorável à corrupção? A resposta “ninguém” constitui justamente esta fórmula de hegemonização discursiva, derivada diretamente da flutuação do significado sobre o significante. Tal fórmula esconde à primeira vista as contradições internas que reúnem demandas singulares: assim, convergem para um mesmo eixo demandas tão hete-

⁴⁰ Cf. BLYTH, Mark. *Austerity: The History of a Dangerous Idea*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁴¹ LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantall. *Hegemony and Socialist Strategy*. 2 ed. London: New York: Verso, 2001. p. 134.

rotópicas como o retorno da ditadura, o Estado mínimo, o nacionalismo ou a livre concorrência.

Este discurso anticorrupção e suas campanhas reformistas se identificam com o mercado como o campo da verificação, isto é, das condições de enunciação de um discurso como sendo o verdadeiro. O mercado como o princípio e a chave de organização da governamentalidade contemporânea justificaria todo o conjunto de medidas antipolíticas e antidemocráticas urdidas em meio às crises de governamentalidade. A lógica neoliberal que corresponde a uma espécie de emulação do mercado nas mais distantes e distintas esferas de vida coerentemente exige uma forma de governamentalidade que não intervenha em excesso. A replicação da lógica da concorrência nas mais distintas esferas não poderia deixar de fora a administração pública. A disjuntiva é sempre em nome do mercado: ou bem deve-se proceder à retirada do Estado, ou bem a gerência deve ser do tipo *business-like*. Não à toa o USAID acenará com a fórmula de que quanto mais livres forem as atividades dos agentes públicos tanto maior será a o aparecimento de “oportunidades” para a corrupção. Esta mitologia neoliberal não pode ser compreendida sem o uso das campanhas anticorrupção lideradas especialmente pelo Banco Mundial, que preconizam que a corrupção é fruto das intervenções do Estado na economia⁴².

No caso brasileiro, a Operação Lava-Jato incorporou simbolicamente a *Mani Pulite*, com o abuso retórico de alguns membros da operação, a ponto inclusive de distorcer o sucedido na Itália, isto é, a destruição de partidos e a própria crise antipolítica que conduziu a Itália à eleição de Berlusconi (no Brasil poucas dúvidas restam de que a Lava-Jato trouxe como sua herança a eleição de Jair Bolsonaro).

Como afirma Katzarova⁴³, a história da governança global anticorrupção é interpretada como uma luta por justiça e transparência. Consiste, melhor, na história do sucesso da empreitada neoliberal. A corrupção se transformou em um problema transnacional a partir de um

⁴² KAJSIU, Blendi. *A Discourse Analysis of Corruption: instituting neoliberalismo against corruption in Albania, 1998-2005*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 117.

⁴³ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 01.

conjunto significativo de fatores: o fim da Guerra Fria (que culminou com o aumento do fluxo de capital em mercados outrora fechados), a agenda da boa governança desenvolvida pelo Banco Mundial, a consolidação da Transparência Internacional, com a quantificação da corrupção através da divulgação dos índices de percepção, o uso instrumental da corrupção como cortina de fumaça para políticas neoliberais e o papel dos Estados Unidos no desenvolvimento dos pagamentos na agenda global⁴⁴. A mudança paradigmática imposta pelos índices de percepção da corrupção foram responsáveis pela despolitização da corrupção e pelo nascimento de uma “cruzada moral” a partir de uma agenda política mundial em estilo neoliberal. A “erupção da corrupção”⁴⁵ correspondeu a uma série de medidas tomadas a partir da descoberta de diversos escândalos que emergiram na metade dos anos 90 na Europa, Estados Unidos e América Latina, o que levaria à identificação de uma proliferação destes casos, conduzindo à percepção de um aumento da corrupção em nível mundial.

O léxico que o Banco Mundial passou a utilizar – boa governança – já indicava o caminho da adoção de uma linguagem “neutra”, *rectius*, neoliberal, na construção deste objeto. O léxico da “boa governança” passou a compor um cenário no qual a corrupção seria o mais sério obstáculo ao desenvolvimento dos países, sendo o seu sentido progressivamente despolitizado através de um discurso aparentemente tecnocrático. A própria passagem do uso da expressão governança (ao invés de governo) dá conta da tensão entre política e economia que moveu o Banco Mundial a mudar a nomenclatura.

No caso da Transparência Internacional, formou-se um modelo de coalizão não conflitiva entre governo, negócios e atores da sociedade civil⁴⁶. A publicação dos índices de corrupção e os índices de percepção contribuíram significativamente para a visibilidade da corrupção na mídia e ajudou a solidificar o consenso em torno dos efeitos negativos da

⁴⁴ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 04.

⁴⁵ NAIM, Moses. The Corruption Eruption. *Brown Journal of World Affairs*. v. 2. v. 2. 1995. p. 245.

⁴⁶ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 22.

corrupção no desenvolvimento de objetivos institucionais⁴⁷. Em suma, as políticas anticorrupção conformam um programa que oferece legitimidade ao paradigma neoliberal economicista e antiestatal⁴⁸.

A Transparência Internacional contribuiu sensivelmente na criação de um programa normalizador, a fim de alinhar orientações políticas e econômicas divergentes com os critérios neoliberais⁴⁹. As “cruzadas anticorrupção”⁵⁰, ao extrair um objeto e disfarçá-lo, permitiram o florescimento de um discurso capaz de sustentar, em largo espectro, as agressivas políticas privatizadoras neoliberais⁵¹. Como assevera Harrison⁵², as políticas anticorrupção, após a Segunda Guerra, garantiram uma cortina de fumaça para as práticas predatórias neoliberais, como desregulamentação, privatização e retirada do Estado da economia. Neste cenário, não é de se estranhar que os economistas que encamparam este discurso tenham se transformado em “peritos” no tema da corrupção.

3. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO

No tópico anterior procurou-se demonstrar dois pontos fundamentais para a compreensão do surgimento das campanhas anticorrupção: o primeiro deles situa-se no campo teórico e epistêmico, assumindo a

⁴⁷ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 24.

⁴⁸ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 24.

⁴⁹ Esta análise pode ser encontrada em HINDESS, Barry. Investigating International Anti-Corruption. *Third World Quarterly*. n. 26. v. 8, 2005.

⁵⁰ Como denominam BROWN, Ed; CLOKE, Jonathan. Neoliberal Reform, Governance and Corruption in the South: assessing the international anti-corruption crusade. *Antipode*. n. 36. v. 2, 2004. Esta expressão também é encontrada em RODEN, John. The International anti-Corruption Crusade: neo-liberal institutional structures, moralization, and social capital. *Undercurrent Journal* 7. n. 1. p. 12-22. 2010

⁵¹ BUKOWANSKY, M. The Hollowness of Anti-corruption Discourse. *Review of International Political Economy*. n. 13. v. 2, 2006, p. 181-209.

⁵² Cf. HARRISON, Graham. *World Bank and Africa: the construction of governance states*. London: Routledge, 2004.

versão economicista do ator racional e do funcionário público a primazia e dominância teóricas no tratamento da corrupção. O segundo, reside no estreitamento do problema da corrupção às reformas neoliberais.

Para se poder compreender o fenômeno da transnacionalização da corrupção há que se avançar um pouco mais. A versão norte-americana da corrupção como *quid pro quo* também é necessária para se poder compreender como ela se transforma no paradigma conceitual adotado pelas principais agências internacionais. Assim, este quadro teórico deve ser contemplado no cenário dos esforços envidados pelos Estados Unidos para se manterem competitivos no cenário internacional no fim da década de 1970. Isto pelo fato de que a criação da *anti-bribery act* em 1977, logo após diversos escândalos de corrupção (em especial o caso *Watergate*), impunha às corporações norte-americanas importantes desvantagens negociais e concorrenciais com países que não possuíam similar legislação. Como advoga Sampson⁵³, as campanhas anticorrupção não são inocentes. Após os anos 1970 as demandas sobre a corrupção se desenvolveram em duas direções. Segundo Katarova, a delimitação do campo conceitual da corrupção foi uma disputa entre pelo menos duas grandes narrativas. A primeira chamada de chilena e a segunda, a americana⁵⁴. A matriz chilena desenvolveu-se no sentido de considerar a corrupção como indevida ingerência de corporações na política. A matriz americana tratou de firmar o seu tratamento da corrupção a partir da OCDE, segundo a concepção atual de *bribery*.

Em se tomando o discurso anticorrupção desde o ponto dos regimes que sustentam a sua enunciação, não se deve esquecer que as fórmulas *anti-bribery* adotadas pelos organismos internacionais formam um eixo temático que aponta para uma virada epistemológica. Até a década de 1970, a corrupção era tomada como abuso de poder corporativo para se transformar, já nos anos 1990, em abuso de governo. Desta maneira, a “corporação corrupta” foi substituída pelo “governo corrupto”, com a

⁵³ SAMPSON, Steven. Integrity Warriors: global morality and the anti-corruption movement in the Balkans. In: SHORE, Chris; HALLER, Dieter. *Corruption: anthropological perspectives*. London: Ann Harbour: Pluto Press, 2005. p.103-131.

⁵⁴ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 75.

correspectiva alteração dos eixos discursivos fundantes dos países desenvolvidos (e suas corporações) para os países em desenvolvimento (e seus governos corruptos)⁵⁵.

A matriz americana de compreensão da corrupção como *bribery* acabou por predominar e mobilizar a comunidade internacional, desafiando a versão chilena lançada por Allende alguns anos antes e que era bem mais larga em sua definição. Allende, naquela oportunidade, tinha chamado a atenção para a cada vez maior interferência das corporações nos interesses públicos dos países. Evidentemente também a versão chilena do tema da corrupção sofreria o baque do golpe de Estado que se sucedeu em 1973.

A prevalência da definição americana da corrupção como *quid pro quo* diz respeito à problemática de limitar o escopo da corrupção, atrelando-a a um paradigma do ator racional, modelo economicista por antonomásia. E isto contribuiu sensivelmente para que o problema da corrupção restasse confinado em perspectivas reformistas de corte neoliberal, protegendo as corporações e permitindo, ao cabo, o desgaste da democracia através das interferências destas empresas no cenário político (ou nas democracias convertidas em ditaduras, como no caso do Cone Sul). Já na década de 1990 teremos o *boom* das cruzadas anticorrupção atuando segundo a fórmula norte-americana. Em outras palavras, não era a questão das influências das grandes corporações na política o núcleo do problema. E sim, o próprio Estado, suscetível de ser sequestrado por agentes em procura de seus próprios interesses. A conexão com as reformas neoliberais é muito clara, pois será exatamente neste período que se sucederão inúmeras reformas baseadas no paradigma economista do ator individual e nas propostas de contenção da corrupção, em especial aquelas privatizantes. Segundo Katzarova, a estratégia dos Estados Unidos consistiu em afirmar que os principais beneficiários das mudanças no tratamento da corrupção seriam os países em desenvolvimento. A universalização das demandas contra a corrupção permitiu a construção de consenso entre os países, com a popularização da fórmula. Tais demandas, assim, se tornariam menos polêmicas – já que apresentaria a corrupção

⁵⁵ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 02.

como *quid pro quo* como um aspecto da ineficiência estatal. A corrupção passaria a corresponder a uma espécie de pagamento indevido (custos ilegais de operações) que as corporações tinham de arcar, integrando o orçamento de empreitadas em países em desenvolvimento. Do ponto de vista dos países “corruptos”, isto é, terceiro-mundistas, isto significaria atrair investimento estrangeiro e reduzir a instabilidade política. Com a corrupção que atingia o cenário dos pagamentos transnacionais, especialmente após a adoção dos Estados Unidos da *FCPA (Foreign Corrupt Practices Act)* em 1977, construir consenso também equivaleria a reequilibrar a balança em favor das próprias corporações americanas no contexto internacional⁵⁶. As razões pelas quais os Estados Unidos moldaram as campanhas anticorrupção baseando-se na definição da corrupção como *bribery* possuem justificações tanto históricas quanto práticas: em primeiro lugar, quanto menor a limitação conceitual da corrupção, mais fácil articular a sua implementação. A criminalização da corrupção transnacional já era produto de legislação interna pós-*Watergate* e então, os Estados Unidos passaram a pressionar os demais países para adotar semelhante processo. Com a substituição da corporação corrupta pelo “país corrupto”, e do agente público corrupto pelo “político corrupto”, a corrupção passou a ser um problema do governo. E, em sendo assim, diminuíram-se as oportunidades para o agir corrupto (um modelo de prevenção ambiental, que possui larga tradição na sociologia da Escola de Chicago) equivaleria a reduzir as atividades governamentais. À vista disso, resta cristalina a forte conexão entre neoliberalismo e o surgimento das campanhas ou cruzadas anticorrupção.

4. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Como já referido na introdução, atribuir ao processo penal uma determinada instrumentalidade é deveras problemático. No Brasil, a Operação Lava-Jato – que é exemplar em demonstrar o modo como a ideia de combate à corrupção disseminada pelo *establishment* financeiro no plano internacional toma forma no interior dos Estados para servir

⁵⁶ KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019. p. 135 – 136.

aos interesses neoliberais em detrimento dos princípios democráticos – conduziu a um processo deletério em relação às garantias fundamentais do processo penal. Não é mistério algum que a Lava-Jato, segundo seus atores, inspirou-se na Operação Mãos Limpas ocorrida na Itália nos anos 1990⁵⁷.

Do ponto de vista político, no caso brasileiro, parece ter prevalecido a máxima de Marx de que os eventos na história acontecem primeiro como tragédia, depois como farsa⁵⁸. Na Itália, a Operação *Mani Pulite* não foi um sucesso como advogam alguns fãs. Ela sequer reduziu os níveis de corrupção⁵⁹. Na verdade, a *Mani Pulite* destruiu o sistema político italiano e pavimentou o caminho para que Silvio Berlusconi, que oferecia uma agenda anticorrupção e se aproveitava das ruínas do sistema, se elegeisse⁶⁰. Berlusconi se apresentou como “um empresário”, um outsider relativamente ao sistema político combatido diante das operações de investigação. Entre 1992 e 1998, partidos tradicionais como o Partido Socialista, a Democracia Cristã, o Partido Liberal e o Social-Democrata desapareceram ou perderam a centralidade⁶¹. Neste sentido, as palavras de Orlandi são preciosas: “hoje, à distância de mais de vinte anos, podemos dizer que aquela “nova” classe política era decididamente pior do que aquela que a investigação milanesa contribuiu para destituir”⁶².

⁵⁷ Apenas como exemplo, uma vez que existem múltiplas referências do juiz Sérgio Moro e do coordenador da força-tarefa do Ministério Público Federal, Deltan Dallagnol, cita-se a coletânea organizada por PINOTTI, Maria Cristina. *Corrupção: lava jato e mãos limpas*. São Paulo: Portfolio Penguin, 2019.

⁵⁸ Cf. MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 25.

⁵⁹ Pode-se projetar inclusive o efeito de aumento da corrupção na Itália após a “grande revolução judicial”. Cf. DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The Hidden Order of Corruption: an institutional approach*. Farnham: Ashgate, 2012. p. 221; DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *Corruption and Anti-Corruption: the political defeat of “clean hands” in Italy*. *West European Politics*. n. 4. v. 30, 2007. p. 831.

⁶⁰ SBERNA, Salvatore; VANNUCCI, Alberto. “It’s Politics Stupid!” The Politicization of Anti-corruption in Italy. *Crime, Law and Social Change*. n. 60. v. 5, 2013. p. 578.

⁶¹ COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un Figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015. p. 13.

⁶² ORLANDI, Renzo. “Operazioni Mani Pulite” e seu Contexto Político, Jurídico e Constitucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 15. v. 8, 2016. p.384.

Na Itália, esta operação que caiu no gosto da mídia propiciou que juízes fossem idealizados à custa da indignidade dos acusados presos em processos espetacularizados.⁶³ Em realidade, a Operação *Mani Pulite* representou, com o fim da “Primeira República Italiana”, uma “revolução dos juízes”, que acabou por representar, de forma inequívoca, a assunção do poder judiciário como grande protagonista no cenário político. A estratégia adotada no caso da Lava Jato foi o uso desmedido da mídia mediante o vazamento de informações sigilosas e a divulgação de campanhas morais conduzidas pelos seus atores.⁶⁴

No caso italiano, que funcionara através de uma extensa judicialização da política (de forma similar à Operação Lava-Jato), verificou-se a involução inquisitorial sucessiva à adoção de um modelo adversarial (o Código de Processo Penal data de 1989) que possuía ao menos três grandes nortes: a) a adoção de um sistema acusatório, que lembra em algumas linhas o norte-americano; b) separação dos juízes conforme as fases procedimentais (ou seja, introduzir juízes distintos na fase de *indagine preliminare*, no *dibbatimento* e na *udienza preliminare*), acabando com a herança napoleônica do juiz instrutor; c) proibição de utilização dos elementos de informação colhidos na fase de investigação, salvo algumas exceções. Tal sistema acabou por ser deformado pelas Sentenças n^{os} 24, 254 e 255 da Corte Constitucional Italiana⁶⁵.

⁶³ COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un Figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015. p. 11.

⁶⁴ DEMIER, Felipe. *Crônicas do Caminho do Caos: democracia blindada, golpe e fascismo no Brasil atual*. Rio de Janeiro: Mauad, 2019. p. 45.

⁶⁵ ORLANDI, Renzo. “Operazioni Mani Pullite” e seu Contexto Político, Jurídico e Constitucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 15. v. 8, 2016. p.384. No mesmo sentido são as conclusões de Sergio Moccia, para quem tais sentenças destruíram a estrutura acusatória do processo penal italiano: “segundo esquemas tipicamente inquisitórios foi admitida sem limitação alguma o testemunho indireto de oficiais e agentes da polícia judiciária, consentindo com a utilizabilidade processual da investigação preliminar realizada pela polícia judiciária, mesmo que fora do controle da defesa (...) Na prática, através de decisões da Corte foi estabelecida a plena utilização, como prova, de declarações tomadas no âmbito das investigações preliminares”. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. p. 172.

Evidentemente que os estragos processuais penais gerados pelas operações *Mani Pulite* e Lava Jato se fazem sentir de maneiras diferentes. Na Itália, houve um retrocesso inquisitório que recaiu sobre o recém implementado sistema acusatório. E foi somente através de uma revisão da excepcionalidade das Mãos Limpas que se repararam os graves erros. Assim, em 1995 houve uma revisão legislativa que reforçou a defesa na fase de investigação e reviu a disciplina das cautelares no processo penal (Lei nº 335). Igualmente, foi discutida a possibilidade de condenação baseada em declarações prestadas exclusivamente ao Ministério Público, o que culminou com a nova redação dada ao art. 111 da Constituição Italiana que em seu parágrafo 4º vedou esse tipo de atividade judicial, ressaltando o papel do contraditório no processo penal⁶⁶.

Por uma série de fatores, o caso brasileiro é muito mais problemático do que o italiano. O primeiro deles é que a “contrarreforma jurisprudencial” que adveio pelas práticas da 13ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de Curitiba foram chanceladas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a ratificação, pelo STF, da imensa maioria dos procedimentos, salvo alguns reparos quanto à colaboração premiada e à condução coercitiva. Pela perspectiva histórica, não havia um código de processo penal acusatório para “contrarreformar”. Bastava seguir o código vigente fielmente, com o uso (abusivo) da colaboração premiada, uma vez que, no Brasil, as reformas processuais operadas após a redemocratização não atacaram o seu núcleo autoritário⁶⁷.

Portanto, a excepcionalidade da Lava-Jato produziu uma linha de continuidade com o autoritarismo processual penal brasileiro. Do ponto de vista legislativo, o então juiz da Lava-Jato, Sergio Moro, guindado a Ministro da Justiça pelo presidente Bolsonaro, apresentou um “Pacote Anticrime”, cujo objetivo seria “melhorar” muitos pontos do Código de Processo Penal de 1941. Lamentavelmente, o Projeto não contou

⁶⁶ ORLANDI, Renzo. “Operazioni Mani Pullite” e seu Contexto Político, Jurídico e Constitucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. n. 15. v. 8, 2016. p. 393.

⁶⁷ Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

com uma exposição de motivos, peça que normalmente acompanha os projetos de lei e permitiria uma análise mais acurada de sua base principiológica. Contudo, considerando que em seu discurso de posse Moro esgrimiou que o intento do projeto consistiria em “(...) enfrentar os pontos de estrangulamento da legislação penal e processual penal e que impactam a eficácia do Sistema de Justiça Criminal”, justificando a proposta no sentimento de insegurança da população frente aos “níveis epidêmicos” de criminalidade e na necessidade de combater a impunidade, sobretudo nos casos de corrupção,⁶⁸ resta claro que seu substrato teórico-principiológico é basicamente o mesmo que guiou a elaboração do CPPB de 1941. Nota-se que os argumentos securitários explanados por Moro, todos muito adequados à conjuntura neoliberal⁶⁹, diferenciaram-se muito pouco dos discursos presentes na Exposição de Motivos do firmada pelo Ministro da Justiça da ditadura estadonovista, Francisco Campos.⁷⁰ As concepções de que o processo é um instrumento repressivo, que as formalidades e garantias processuais são obstáculos ao exercício do poder punitivo, que as nulidades, recursos e impugnações são instrumentos protelatórios que visam a impunidade, que o juiz deve ter uma postura ativa na busca da prova, dentre outras que estão na base do CPPB de 1941 (inspirado pelo no código de processo penal do

⁶⁸ Cf. MORO, Sergio Fernando. *Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil*. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Acesso em 12.jun. 2020.

⁶⁹ A compatibilidade da visão de Moro sobre a questão criminal com o prisma neoliberal resta mais do que evidente nesse trecho de seu discurso de posse: “Essas elevadas taxas de criminalidade, seja do crime de corrupção, seja do crime organizado, seja do crime violento, prejudicam o ambiente de negócios e o desenvolvimento.” Cf. MORO, Sergio Fernando. *Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil*. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Acesso em 12.jun. 2020.

⁷⁰ Cf. CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. *Revista Forense*, v. 38, n. 88, p. 627-636, out./dez. 1941.

Fascismo elaborado por Vincenzo Manzini),⁷¹ estão todas contempladas na manifestação de Moro.⁷²

A proposta original (e não aquela que foi aprovada) se encarregaria apenas de verticalizar as linhas autoritárias do sistema processual penal ao propor, por exemplo, a denegação automática da liberdade provisória para determinados crimes e “tipos” de imputados, a introdução de mecanismos negociais, em especial o *plea bargaining*⁷³, e a obrigatoriedade da execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância.⁷⁴ Indubitavelmente, se a versão original tivesse sido promulgada, o Projeto Anticrime consolidaria as práticas judiciais e a visão de mundo dos principais agentes da Operação Lava-Jato.

O Pacote Anticrime elaborado por Moro foi influenciado e reprimou muitas ideias contidas nas Dez Medidas Contra a Corrupção⁷⁵, uma proposta de reforma legislativa apresentada pelo Ministério Público Federal em 2015 (que elevou o órgão a uma espécie de “Partido da Justiça”, como afirma Singer⁷⁶), visivelmente inspirada no prisma economicista

⁷¹ Cf. MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. *Codice di Procedura Penale*. Ilustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

⁷² Cf. MORO, Sergio Fernando. *Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil*. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Acesso em 12.jun. 2020.

⁷³ Sobre a disfuncionalidade inquisitória do plea bargaining no processo penal, Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.11-12.

⁷⁴ Cf. artigos 28-A, 395-A, 310 e 617-A) da versão original do Pacote Anticrime (Projeto de Lei nº 882/2019). Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>>; Acesso em 20.jun.2020.

⁷⁵ Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Dez Medidas Contra a Corrupção*. 2015. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>; Acesso em 20.jun.2020.

⁷⁶ “No Brasil, uma espécie de “Partido da Justiça” (PJ), sem existência efetiva, mas metaforicamente relevante, promoveu campanha popular em torno das “10 medidas contra a corrupção”, levadas ao Congresso Nacional em 2016 sob a forma de anteprojetos de lei apoiados por 2 milhões de assinaturas”.

de combate à corrupção e no modelo de prevenção ambiental gestado pela Escola Sociológica de Chicago, que sempre serviram ao projeto neoliberal. Axiomaticamente, o Projeto de Lei Anticrime, assim como a postura de Moro enquanto juiz dos processos da Operação Lava-Jato⁷⁷, se mostrou radicalmente contrário à ideia de implementar um processo penal acusatório que vinha ganhando força no campo progressista. É bastante emblemático que as Dez Medidas Contra a Corrupção tenham recebido um intenso apoio do setor privado, principalmente dos veículos de comunicação (os mesmos que vazavam informações sigilosas da Lava Jato), de grandes empresários e de proprietários de indústrias. As Dez Medidas Contra a Corrupção, que em seguida também contaria com a simpatia da classe média ressentida, foi um fator importante para a consolidação do “lavajatismo”, força que foi decisiva para a eleição de Bolsonaro em 2018.⁷⁸

No que tange às alterações pretendidas pelas Dez Medidas Contra a Corrupção, é possível inferir que elas apenas retomaram muitos elementos nucleares do tecnicismo-jurídico (sempre muito úteis para relegitimar os velhos paradigmas inquisitórios do passado), e copiaram algumas referências do ordenamento penal norte-americano. O objetivo central da proposta consistiu em recrudescer mais o sistema de justiça criminal para tornar o exercício do poder punitivo mais pragmático. Obviamente, as Dez Medidas Contra a Corrupção serviram ao projeto

SINGER, André. *O Lulismo em Crise: um quebra-cabeça do período Dilma* (2011 – 2016). São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 233.

⁷⁷ A partir de junho de 2019 o periódico virtual *The Intercept* passou a publicar uma série de reportagens divulgando inúmeras mensagens trocadas entre policiais federais, procuradores e o na época juiz Sergio Fernando Moro, conteúdo que teria sido tornado público por *hackers* e que escancarou não apenas as motivações políticas entrelaçadas à Operação Lava-Jato, mas também as relações e práticas espúrias completamente incompatíveis com o que se entende por devido processo penal democrático perpetradas pelos seus agentes, que nunca negaram com veemência a veracidade dos diálogos. Cf. *Vaza Jato*. As mensagens secretas da Lava Jato. Disponível em: < <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/> >, Acesso em 18.jun.2020.

⁷⁸ Cf. PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (Orgs.). *Brasil em transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização*. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019; ROSA, Pablo Ornelas. *Fascismo tropical: uma cibercartografia das novíssimas direitas brasileiras*. Vitória: Milfontes, 2019.

neoliberal, na medida em que imprimiram credibilidade e propagaram o discurso anticorrupção que serve de sustentáculo à sua agenda (redução do Estado – descrito como *locus* privilegiado da corrupção, e aumento da liberdade de mercado – vendido como uma espécie de ente imaculado), e também fortaleceram o discurso punitivista que sempre transborda da esfera dos crimes do colarinho branco sobre as políticas direcionadas à criminalidade comum que permitem o governo de determinadas populações (“indesejáveis”) por meio do sistema penal.

Antes de analisar os pontos que dizem respeito especificamente ao processo penal, é de suma importância mencionar que as Dez Medidas Contra a Corrupção apresentaram propostas de reforma do Código Penal e de lei especiais, algumas delas extremamente contestáveis, que também escancaram a tônica da narrativa anticorrupção neoliberalizante. As medidas n^{os} 1, 2, 3, 5, 6, 8 e 10 propõe alterações que visam a prevenção da corrupção por meios que vão desde a implementação de rotinas de *accountability* e de eficiência nos tribunais e a proteção das fontes de informações, passando pela reclassificação da corrupção como crime hediondo, pela aceleração dos procedimentos que apuram atos de improbidade administrativa, pela reforma no sistema de prescrição penal, pela responsabilização dos partidos políticos e a criminalização do “caixa 2”, até a instituição do confisco alargado para facilitar a recuperação do lucro derivado da corrupção. Um dos pontos mais simbólicos das Dez Medidas Contra a Corrupção, já que põe às claras o intento do órgão proponente em romper completamente com os limites impostos pelos princípios democráticos à atuação do Estado, é o “tese de integridade”. Em resumo, esse modo de fiscalização e prevenção consistiria na submissão do agente público à provas surpresas que testariam sua honestidade (“pegadinhas”). Aqui reside mais uma prova de que a ideia de controle da corrupção no Brasil é influenciada pela teoria criminológica da prevenção ambiental da Escola Chicago, que sustenta que o problema da corrupção pode ser resolvido mediante a redução das oportunidades para a prática de tal conduta. A mesma que, conforme explicitamos antes, é utilizada para embasar o argumento de que o Estado é o culpado pela corrupção. É interessante notar que, assim como as demais medidas, essa também teve como justificativa a pretensa necessidade de maximizar a moralidade e a probidade no setor

público.⁷⁹ Por força das limitações impostas pelo formato e pelo recorte do trabalho, que inviabilizam a análise mais detalhada da proposta, mas por estarmos tratando do processo penal, ficamos com Semer que, avaliando as Dez Medidas Contra a Corrupção, concluiu que o MPF propôs “um Código para chamar de seu”⁸⁰.

A busca pela involução autoritária-inquisitória no campo processual fica bastante clara nas medidas n^{os} 4, 7 e 9. Partindo da premissa de que os processos criminais se arrastam por anos a fio (lançando mão do exemplo do “Caso Banestado”, que também tramitou na 13^a Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de Curitiba), bem como de que a morosidade não apenas enseja a prescrição de muitos casos, mas estimula a prática da corrupção ao potencializar o ambiente de impunidade, a Medida n^o 4, intitulada “Eficiência dos recursos no processo penal”, propôs a introdução do artigo 580-A no CPPB, dispositivo que tem como intento suprimir o direito aos recursos, já que em seu caput determina que o tribunal declare o trânsito em julgado da sentença recorrida quando verificar que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, e, em seu parágrafo único, retira o efeito suspensivo dos recursos apresentados contra essa decisão. A referida Medida também prevê a inclusão do artigo 578-A, que estipula um prazo máximo de vista dos autos pelos membros de tribunais, e propõe a revisão do sistema recursal mediante a alteração dos artigos 620, 647, 652 e 664, visando limitar os embargos de declaração, inclusive prevendo a aplicação de multa aos embargos considerados protelatórios. Com ela, pleiteiam ainda a inclusão dos artigos 638-A e 667A, objetivando acelerar o julgamento dos recursos especial e extraordinário, e a suspensão do prazo prescricional até a conclusão do julgamento dos mesmos. O MPF também encartou nessa Medida um Anteprojeto de Emenda Constitucional que tenciona a alteração dos

⁷⁹ Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Dez Medidas Contra a Corrupção*. 2015. Medidas n^{os} 1, 2, 3, 5, 6, 8 e 10. Disponíveis em: <<http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>; Acesso em 20.jun.2020.

⁸⁰ SEMER, Marcelo. Com “10 Medidas”, MP propõe um Código para chamar de seu. Justificando. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/08/20/com-10-medidas-mp-propoe-um-codigo-para-chamar-de-seu/>>; Acesso em: 19.jun.2020.

artigos 96, 102 e 105 da Constituição visando implementar a execução automática da pena após o julgamento em segunda instância, e para retirar o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário.⁸¹

A Medida nº 7, “Ajustes nas nulidades penais”, sugere ajustes que, segundo as justificativas constantes na proposta, consistiriam em “pequenas alterações” nos artigos 563 a 573, com o objetivo de reduzir as hipóteses de nulidades; fazer interromper o prazo de prescrição nos casos de anulação e de repetição dos atos processuais; estabelecer o aproveitamento máximo dos atos processuais como dever do juiz e das partes; condicionar o reconhecimento de qualquer nulidade a demonstração do prejuízo gerado pelo defeito processual de modo concreto; e acabar com a prescrição baseada na pena aplicada em concreto.⁸² A modificação do sistema de nulidades nos termos recomendados pelo MPF seria uma catástrofe, tendo em vista que degradaria um modelo que já é sofrível, vez que, por sua essência inquisitória, é extremamente útil para legitimar e chancelar o arbítrio inerente ao desrespeito das formas processuais. O objetivo da medida, que não é outro senão tornar qualquer tipo de gambiarra processual aproveitável em nome da eficácia punitiva (que não é o fim do processo em uma democracia⁸³), inevitavelmente conduz-nos ao irônico questionamento: não seria mais fácil o MPF ter posposto a exclusão de quaisquer hipóteses de nulidades?

A Medida nº 9, denominada de “Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado”, propõe a alteração do parágrafo único do art. 312 do Código de Processo Penal com a introdução de uma nova hipótese de prisão preventiva destinada a permitir a identificação e a localização do produto ou proveito do crime, ou seu equivalente, bem

⁸¹ Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Dez Medidas Contra a Corrupção*. 2015. Medida nº 4. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>; Acesso em 20.jun.2020.

⁸² Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Dez Medidas Contra a Corrupção*. 2015. Medida nº 7. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>; Acesso em 20.jun.2020.

⁸³ Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a CF e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

como impedir sua utilização para financiar fuga ou a defesa, e garantir sua devolução.⁸⁴ Trata-se de mais uma pretensão equivocada, eis que afronta o princípio constitucional da presunção de inocência e a natureza cautelar da prisão preventiva.⁸⁵

A breve análise dos aspectos processuais da proposta elaborada pelo MPF demonstra o seu alinhamento com a narrativa neoliberal sobre o combate à corrupção (a mesma que permeou as ações empreendidas em outros países analisadas ao longo do trabalho) que há tempos vem fustigando democracias ao redor do mundo.⁸⁶ Mais do que isso, ela evidencia que as ideias medulares da proposta, mesmo que não na totalidade e em redações diferentes, estão presentes na versão original do Pacote Anticrime apresentado por Moro.

É possível constatar ainda que, a perspectiva de combate à corrupção baseada na ideia de prevenção ambiental cunhada pela Escola de Chicago, que serve ao projeto neoliberal, coaduna com a racionalidade tecnicista-fascista que predomina no processo penal brasileiro desde a década de 1940 e permeia qualquer iniciativa que não rompa com ela. O parasitismo autoritário tecnicista é conspícuo em todas as reformas processuais operadas após a democratização, nas Dez Medidas Contra a Corrupção, no Pacote apresentado por Moro, e na recente Lei nº 13.964/2019. Nessa esteira, constata-se que, a Lei Anticrime, que partiu do projeto lavajatista, trouxe em seu bojo o legado autoritário do passado amalgamado às demandas punitivistas que marcam a conjuntura atual (incluindo o combate à corrupção). Em que a implementação de muitos dispositivos de essência acusatória que foram incluídos durante a tramitação no Congresso Nacional (modificações que desagradaram Moro enquanto ministro e deram início ao processo de desgaste de sua

⁸⁴ Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Dez Medidas Contra a Corrupção*. 2015. Medida nº 9. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>; Acesso em 20.jun.2020.

⁸⁵ Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁸⁶ Cf. MOUNK, Yasha. *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

relação com o presidente Bolsonaro), os poderes optaram por manter a espinha dorsal de 1941. Desse modo, mesmo – mais uma vez – reformado, o CPPB segue sendo uma “cópia mal feita”⁸⁷ do *Codice Rocco*, o código de processo penal Fascista, e reprisando a velha racionalidade tecnicista-inquisitória que é incompatível com o prisma constitucional, mas adaptável aos intentos autoritários de qualquer ordem. Os sintomas são evidentes, afinal, o diploma continua permitindo que as duas fases do procedimento sejam presididas pelo mesmo juiz (o juiz das garantias previsto na Nova Lei foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal – STF⁸⁸); que o juiz produza provas de ofício na fase de instrução e depois julgue o caso (reunião de atividades que configura uma das técnicas medulares do processo inquisitorial)⁸⁹; que o juiz atribua definição jurídica diversa ao delito narrado na denúncia, mesmo que, como consequência, tenha de aplicar pena mais grave⁹⁰; que o juiz condene o réu ainda que o Ministério Público (titular da ação penal) postule pela absolvição⁹¹; e, ainda, contando com o mesmo sistema de nulidades, que é demasiado “funcional” para cancelar a supressão ou a relativização de garantias, cuja efetivação depende do respeito às formas processuais⁹².

Diante do que foi exposto, constata-se que o objetivo de tornar o processo penal mais pragmático incutido na ideia de combate à corrupção que predomina no campo internacional, não corresponde simplesmente a um intento técnico e neutro direcionado ao recrudescimento do controle desse e de outros tipos de criminalidade, mas, principalmente, aos interesses políticos mencionados ao longo do escrito. Pelo que demonstra o caso brasileiro, resta irrefutável que as cruzadas contra a corrupção

⁸⁷ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 124.

⁸⁸ Cf. Adin 6.298 (STF), que questiona a implementação da figura do juiz de garantias, e que foi oposta pela AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Ajufe - Associação dos Juizes Federais do Brasil.

⁸⁹ Cf. artigos 156 e 209 do CPPB.

⁹⁰ Cf. artigos 383 do CPPB.

⁹¹ Cf. artigos 385 do CPPB.

⁹² Cf. artigos 563 e ss. do CPPB.

nos moldes como vêm sendo empreendidas no plano internacional (que foram repercutidos pela Lava Jato) são inócuas e servem principalmente aos interesses neoliberais e que, nessa perspectiva, impactam profundamente o processo penal, na medida em que promovem a ressignificação de velhos paradigmas – e categorias – inquisitoriais para assegurar a continuidade ou intensificar ainda mais a performance autoritária do campo. Nessa dinâmica, fica evidente também que o uso do processo para fins políticos é uma opção que, além de obstar sua democratização, corrói o próprio regime democrático.

CONCLUSÕES

1. O fenômeno do autoritarismo processual penal é demasiado complexo, visto que é ensejado por fatores que atuam de diversos modos e em sobreposição. Pelo exposto no trabalho, infere-se que, no caso do processo penal brasileiro, o legado tecnicista-fascista é um fator decisivo, mas que é incrementado por outros que viabilizam a ressignificação dos velhos paradigmas – e categorias – inquisitoriais e reforçam sua performance autoritária. Nesse sentido, a ideia de combate à corrupção nos moldes em que vem sendo disseminada pelo *establishment* financeiro no plano internacional é um fator importante a potencializar o autoritarismo no campo.

2. A teoria criminológica da corrupção baseada na sociologia da Escola de Chicago, que sob o prisma economicista explica a corrupção como uma ação praticada por um ator racional que busca maximizar seus ganhos, e que é amplamente admitida nas campanhas de combate à corrupção, reduz a complexidade do fenômeno e, por isso, se mostra falaciosa. Ela também é problemática porque defende o trato da corrupção por meio da prevenção ambiental, isto é, por intermédio da implementação de contraestímulos mais fortes do que aqueles que conduzem o agente público à busca de lucratividade. Considerando que essa teoria parte da falsa premissa que o Estado é a fonte da corrupção, e que, com base nisso, propõe sua redução visando diminuir os espaços supostamente propícios para tal prática, conclui-se que ela – que sem dúvida é fruto de opções políticas – serve muito mais a fins políticos do que a fins científicos.

3. Frente ao exposto no artigo, depreende-se que a concepção criminológica da corrupção de viés economicista cunhada pela Escola

de Chicago (a que predomina no mundo), historicamente legitimou a transnacionalização das campanhas anticorrupção que serviram para assegurar a hegemonia econômica dos Estados Unidos e fortalecer o projeto neoliberal. Além disso, observa-se que essas campanhas anticorrupção sempre mostraram-se inócuas. Nessa linha, o material pesquisado permite-nos concluir que as campanhas baseadas na teoria economicista da prevenção ambiental sempre estiveram perfeitamente conectadas às estratégias neoliberais, principalmente àquelas destinadas a reduzir o tamanho do Estado (mediante privatizações) e a desregulamentar o mercado com o propósito de aumentar o lucro e o poder dos altos estratos mais abastados do setor privado.

4. De acordo com o que demonstraram as análises dos casos da Albânia, da Itália e do Brasil, conclui-se que o reformismo político travestido de luta contra a corrupção buscou legitimidade - de forma precípua e contínua - na justiça penal, notadamente no processo, campo sob o qual produziu efeitos nefastos. Assim, o recrudescimento do campo processual penal no contexto atual não deve ser visto com estranheza.

5. A influência da transnacionalização do combate à corrupção sobre o processo penal resta evidenciada no exemplo da Operação Lava Jato e do movimento criado em torno dela, cujos propósitos estão evidenciados nas Dez Medidas Contra a Corrupção apresentadas pelo MPF e no Pacote Anticrime aviado por Sergio Moro. Nesse sentido, e por derradeiro, conclui-se que o lavajatismo repercutiu e reforçou o discurso anticorrupção predominante no cenário internacional, baseado na demonização do Estado e do funcionalismo público (considerados os culpados pela corrupção) e no endeusamento do setor privado - mercado (considerado imaculado), incrementando-o com o moralismo conservador típico das elites brasileiras, gerando um quadro muito útil para a direita autoritária que almejava retornar ao poder (e retornou!). A Lava Jato é exemplar em demonstrar o modo como a sanha anticorrupção contribui para a reforçar e ressignificar velhos paradigmas processuais autoritários e também o quanto a instrumentalização do processo penal visando fins políticos pode comprometer uma já fragilizada democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECKER, Gary. If You Want to cut Corruption, Cut Government. *Business Week*. 11. December, 1995.
- BLYTH, Mark. *Austerity: The History of a Dangerous Idea*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BRATSIK, Peter. The Construction of Corruption or Rules of Separation and Illusion of Purity in Bourgeois Society. *Social Text* 77. n. 21. v. 4, 2003. https://doi.org/10.1215/01642472-21-4_77-9
- BROWN, Ed; CLOKE, Jonathan. Neoliberal Reform, Governance and Corruption in the South: assessing the international anti-corruption crusade. *Antipode*. n. 36. v. 2, 2004. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8330.2004.00406.x>
- BUKOWANSKY, M. The Hollowness of Anti-corruption Discourse. *Review of International Political Economy*. n. 13. v. 2, 2006. <https://doi.org/10.1080/09692290600625413>
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941. *Revista Forense*, v. 38, n. 88, p. 627-636, out./dez. 1941.
- CASARA, Rubens. *Sociedade Sem Lei: pós-democracia, personalidade autoritária, idiotização e barbárie*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COLOMBO, Gherardo. *Lettera a un Figlio su Mani Pulite*. Milano: Garzanti, 2015.
- CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity Press, 2004.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo*. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. Corruption and Anti-Corruption: the political defeat of “clean hands” in Italy. *West European Politics*. n. 4. v. 30, 2007. <https://doi.org/10.1080/01402380701500322>
- DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The Hidden Order of Corruption: an institutional approach*. Farnham: Ashgate, 2012.
- DEMIER, Felipe. *Crônicas do Caminho do Caos: democracia blindada, golpe e fascismo no Brasil atual*. Rio de Janeiro: Mauad, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Nacimiento de la biopolítica*. Curso en el Collège de France. (1978-1979). Traducción de Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

GARRET, Brandon. *Too Big to Jail: how prosecutors compromise with corporations*. London: Harvard University Press, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. Abordagem conforme a CF e o Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Metástases do Sistema Inquisitório. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

HARRISON, Graham. *World Bank and Africa: the construction of governance states*. London: Routledge, 2004.

HINDESS, Barry. Investigating International Anti-Corruption. *Third World Quarterly*. n. 26. v. 8, 2005. <https://doi.org/10.1080/01436590500336864>

HINKELAMMERT, Franz. *Totalitarismo del mercado*. El mercado capitalista como ser supremo. Ciudad de México: Akal: Inter Pares, 2018.

HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. 3 ed. New Haven: Yale University Press, 2006.

KAJSIU, Blendi. *A Discourse Analysis of Corruption: instituting neoliberalismo against corruption in Albania, 1998-2005*. Farnham: Ashgate, 2014.

KATZAROVA, Elitza. *The Social Construction of Global Corruption: from utopia to neoliberalism*. London: Palgrave Macmillan, 2019.

KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

KRASTEV, Ivan. *Shifting Obsessions: three essays on the politics of anticorruption*. Budapest: New York: CEU Press, 2004.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantall. *Hegemony and Socialist Strategy*. 2 ed. London: New York: Verso, 2001.

LEFF, Natalie. Economic Development Through Bureaucratic Corruption. *The American Behavioral Scientist*. n. 8. v. 8, 1964.

LEVI, M. *Of Rule and Revenue*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

MANGINI, R.; GABRIELI, F. P.; COSENTINO, U. *Codice di Procedura Penale*. Ilustrato con i Lavori Preparatori. Roma: Tipografia Della Camera Dei Deputati, 1930.

- MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MERTON, Robert. *Social Theory and Social Structure*. New York: The Free Press, 1968.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Dez Medidas Contra a Corrupção*. 2015. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>; Acesso em 20.jun.2020.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Escritos do Prof. Jacinto Nélson de Miranda Coutinho. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MORO, Sergio Fernando. *Discurso de posse do Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil*. Brasília, DF, 02.01.2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2019/01/com-desafio-de-combater-a-corrupcao-moro-toma-posse-na-justica>>; Acesso em 12.jun. 2020.
- MOUNK, Yasha. *O povo contra a democracia: Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução de Débora Landsberg e Cássio de Arantes Leite São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- NAIM, Moses. The Corruption Eruption. *Brown Journal of World Affairs*. v. 2. v. 2. 1995. <https://doi.org/10.1007/s12117-997-1082-3>
- ORLANDI, Renzo. “Operazioni Mani Pulite” e seu Contexto Político, Jurídico e Constitucional. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 15. v. 8, 2016.
- PHILP, Mark. Defining Political Corruption. In: WILLIAMS, R (Org.). *Corruption*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.
- PINHEIRO-MACHADO, Rosana; FREIXO, Adriano de (Orgs.). *Brasil em transe: Bolsonarismo, Nova Direita e Desdemocratização*. Rio de Janeiro: Oficina Raquel, 2019.
- PINOTTI, Maria Cristina. *Corrupção: lava jato e mãos limpas*. São Paulo: Portfolio Penguin, 2019.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODEN, John. The International anti-Corruption Crusade: neo-liberal institutional structures, moralization, and social capital. *Undercurrent Journal* 7. n. 1. p. 12-22. 2010.

ROSA, Pablo Ornelas. *Fascismo tropical: uma cibercartografia das novíssimas direitas brasileiras*. Vitória: Milfontes, 2019.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: a study in political economy*. London: New York: Academic Press, 1978.

SAMPSON, Steven. Integrity Warriors: global morality and the anti-corruption movement in the Balkans. In: SHORE, Chris; HALLER, Dieter. *Corruption: anthropological perspectives*. London: Ann Harbour: Pluto Press, 2005.

SBERNA, Salvatore; VANNUCCI, Alberto. "It's Politics Stupid!" The Politicization of Anti-corruption in Italy. *Crime, Law and Social Change*. n. 60. v. 5, 2013. <https://doi.org/10.1007/s10611-013-9480-8>

SEMER, Marcelo. Com "10 Medidas", MP propõe um Código para chamar de seu. *Justificando*. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/08/20/com-10-medidas-mp-propoe-um-codigo-para-chamar-de-seu/>>; Último acesso em: 19.6.2020.

SILVA, Ricardo. *A ideologia do Estado autoritário no Brasil*. Chapecó: Argos, 2004.

SINGER, André. *O Lulismo em Crise: um quebra-cabeça do período Dilma (2011 – 2016)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

THEOBALD, Robin. *Corruption, Development and Underdevelopment*. London: Macmillan, 1990.

VON HAYEK, F. A. *Extracts from an Interview with Friedrich Von Hayek* (Jornal El Mercurio, Chile, 1981). Disponível em: <<https://puntodevistaeconomico.com/2016/12/21/extracts-from-an-interview-with-friedrich-von-hayek-el-mercurio-chile-1981/>>; Acesso em 22.mai.2019.

WARDE, Walfrido. *O Espetáculo da Corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo um país*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

WILLIAMS, W. J; BEARE, E. M. The Business of Bribery: globalization, economic liberalisation, and the problem of corruption. *Crime, Law and Social Change*. n. 32. v. 2, 2000. <https://doi.org/10.3138/9781442670242-006>

WORLD BANK. *Helping Countries Combat Corruption: the role of the World Bank*. Washington D.C: The World Bank Group, 1997.

WRAITH, R. SIMPKINS, E. *Corruption in Developing Countries*. London: George Allen and Unwin, 1963.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

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

- *Ricardo Jacobsen Gloeckner:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Felipe Lazzari da Silveira:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 10/07/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 13/07/2020
- Avaliação 1: 24/07/2020
- Avaliação 2: 26/07/2020
- Avaliação 3: 27/07/2020
- Avaliação 4: 27/07/2020
- Avaliação 5: 27/07/2020
- Decisão editorial preliminar: 23/08/2020
- Retorno rodada de correções 1: 05/09/2020
- Decisão editorial preliminar 2: 05/09/2020
- Retorno rodada de correções 2: 13/09/2020
- Decisão editorial final: 14/09/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (RO)
- Revisores: 5

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GLOECKNER, Ricardo J.; SILVEIRA, Felipe L. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1135-1174, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.421>



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

O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional

Non-prosecution agreement and the paradigm of prevention in the fight against corruption and economic macrocriminality in Brazil: new alternatives to the traditional punitive model

Soraia da Rosa Mendes¹

Centro Unificado de Brasília (UniCEUB), Brasília/DF, Brasil.

soraia@soraiamendes.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/6101794465780378>

 <http://orcid.org/0000-0002-6188-9216>

Augusto César Borges Souza²

Universidade Federal de Goiás, Goiânia/GO, Brasil

augusto_cbs@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8393937685134306>

 <http://orcid.org/0000-0002-0091-6452>

RESUMO: O presente artigo pretende analisar as recentes alterações legislativas ocorridas no Brasil, em especial a instituição de meca-

¹ Pós-Doutora em Teorias Jurídicas Contemporâneas Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, UnB. Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS. Professora Associada do PPG Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Unificado de Brasília - UniCeub. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada sócia-diretora do Soraia Mendes, Marcus Santiago & Advogadas Associadas.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG). Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Goiás.

nismos consensuais de solução de conflitos e seus impactos no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica. Utilizando como referencial teórico a ideia de prevenção técnica, propugnada por Winfried Hassemer, pretende-se avaliar se a justiça penal negociada representa efetiva alternativa ao paradigma punitivista dominante, possuindo maior aptidão para reduzir a impunidade e aumentar as cotas de prevenção de ilícitos contra a Administração Pública e a ordem econômica. Inicialmente, serão abordados alguns aspectos criminológicos dos delitos de colarinho branco, bem como fatores de ordem político-criminal que colocam o ideal de prevenção como vetor central do sistema de justiça criminal contemporâneo. Em seguida, será analisada a insuficiência do modelo tradicional de persecução penal brasileiro, fundado na litigiosidade, e sua ineficiência para lidar com os casos relacionados à macrocriminalidade econômica e à corrupção. Finalmente, serão analisados os principais aspectos atrelados à implementação de novos mecanismos consensuais de solução de conflitos na seara penal, os prognósticos de cunho político-criminal no tratamento da corrupção e da criminalidade organizada e seus impactos na atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção; Macrocriminalidade; Justiça penal negociada; Prevenção técnica.

ABSTRACT: *This article intends to analyze the recent legislative changes that have occurred in Brazil, especially the establishment of consensual forms of dispute resolution and their impacts in the fight against corruption and economic macro-criminality. Using the idea of technical prevention as proposed by Winfried Hassemer as a theoretical framework, it is intended to assess whether negotiated criminal justice represents an effective alternative to the dominant punitivist paradigm, with greater ability to reduce impunity and increase crime prevention indexes related to offenses against Public Administration and the economic order. Initially, some criminological aspects of corruption and macroeconomic criminality will be addressed, as well as political-criminal factors, which place the ideal of prevention as the central vector of the contemporary criminal justice system. Then, the insufficiency of the traditional model of Brazilian criminal prosecution, based on litigation, and its inefficiency in dealing with cases related to economic macro-crime and corruption will be analyzed. Finally, the main aspects related to the implementation of new consensual forms of dispute resolution in the criminal field, the political-criminal prognoses in the*

treatment of corruption and organized crime and their impacts on the performance of prosecution and judicial branch.

KEYWORDS: *Corruption; Macro-criminality; Negotiated criminal justice; Technical prevention.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. A “criminalidade do colarinho branco” e o paradigma da prevenção; 2. A persecução penal da corrupção no Brasil e a insuficiência do modelo atual de gestão de conflitos; 3. A consensualidade como estratégia político-criminal no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Como é consabido, o modelo tradicional de persecução penal não vem se revelando suficiente para que o enfrentamento à macrocriminalidade econômica e à corrupção seja exercido de maneira ideal no Brasil. Primeiro, porque tal modelo prioriza o aspecto repressivo, revelando-se pouco ou nada eficiente na prevenção de fraudes e danos ao erário. Segundo, porque o próprio sistema de justiça não se mostra efetivo na responsabilização dos agentes comprovadamente envolvidos em atos de corrupção, causando uma indesejável sensação de impunidade.

Com o escopo de aprimorar os mecanismos formais de controle e atendendo a compromissos firmados perante organismos internacionais, o Brasil vem incorporando novos instrumentos de prevenção e combate à corrupção. A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), por exemplo, constitui um marco para a chamada “autorregulação regulada” em matéria de corrupção, ao possibilitar a realização de acordos de leniência e estimular a instituição de mecanismos e procedimentos internos de integridade.

No mesmo sentido, a recém promulgada Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”), promoveu inúmeras alterações visando aperfeiçoar o sistema processual brasileiro, dentre as quais se destaca a previsão de celebração de acordos de não persecução penal

(ANPP) e cível (ANPC), aproximando o Brasil do modelo de justiça norte-americano e anglo-saxão.

Considerando o atual cenário legislativo e jurisdicional brasileiro, torna-se oportuno o presente estudo, o qual possui como problema de pesquisa o seguinte questionamento: a adoção de mecanismos de solução consensual de conflitos, introduzidos recentemente no ordenamento jurídico pátrio, possui maior aptidão para reduzir a impunidade e assegurar com mais efetividade a prevenção de ilícitos contra a Administração Pública e a ordem econômica do que o sistema tradicional de persecução penal, fundado na contenciosidade e na imposição de sanções por meio de sentenças condenatórias?

A dogmática penal contemporânea já reconhece a superação do paradigma punitivista no tratamento dos delitos de corrupção (compreendidos como espécie de criminalidade macroeconômica), exigindo, cada vez mais, a adoção de medidas que possuam caráter eminentemente preventivo, e não apenas simbólico. Nesse contexto, adota-se neste artigo, como referencial teórico, a ideia de prevenção técnica ou organizacional propugnada por Winfried Hassemer.

Valendo-se do método hipotético-dedutivo, o presente artigo parte da hipótese provisória segundo a qual a celebração de acordos de não persecução cível e penal representa efetiva alternativa ao sistema tradicional de justiça contenciosa no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica, possuindo maior aptidão para interromper processos delitivos e prevenir concretamente a ocorrência de novas infrações.

Pretendendo apresentar as causas e possíveis soluções ao problema investigado, este estudo possui viés explicativo, promovendo uma abordagem quantitativa-qualitativa do objeto de pesquisa, mediante apresentação de dados estatísticos e revisão bibliográfica.

Para tanto, serão feitos alguns apontamentos teóricos que colocam o ideal de prevenção como paradigma reinante no Direito Penal contemporâneo em matéria de macrocriminalidade econômica, identificando, a partir da concepção de prevenção técnica ou organizacional propugnada por Winfried Hassemer, a imposição de medidas de cunho preventivo e restaurador como política pública capaz de oferecer uma resposta adequada ao fenômeno da corrupção.

Na sequência será abordada a insuficiência do modelo tradicional de persecução penal e cível brasileiro, fundado na litigiosidade, e sua ineficiência para lidar com os casos relacionados à macrocriminalidade econômica e à corrupção, identificando a impunidade e a impermeabilidade de tais tipos de ilícito frente às instâncias formais de controle.

Em um terceiro tópico serão analisados os principais aspectos relativos à implementação de mecanismos consensuais de solução de conflitos na seara penal e os prognósticos de cunho político-criminal no tratamento da corrupção e da criminalidade organizada, identificando de que forma as alterações legislativas deverão impactar na atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário enquanto atores essenciais no processo de implementação de políticas públicas criminais em âmbito jurisdicional.

Por fim, serão apresentadas deduções e inferências relacionadas ao tema, assim como algumas considerações que, sem pretender esgotar o assunto, ao menos contribuam para enriquecer o debate sobre o problema e possam até mesmo fomentar a efetiva adoção de medidas de caráter preventivo e restaurador no tratamento do fenômeno corruptivo e da macroadelinquência econômica no Brasil.

1. A “CRIMINALIDADE DO COLARINHO BRANCO” E O PARADIGMA DA PREVENÇÃO

Desde que passaram a figurar como objeto de estudo das ciências criminais, a corrupção e a macrocriminalidade econômica, de modo geral, foram tratadas como fenômenos delitivos dotados de inegável equivalência epistemológica. Na verdade, observa-se que, atualmente, ambas as espécies criminológicas possuem causas semelhantes e apresentam-se como efeitos de uma mesma conjuntura histórica, o que também justifica o tratamento análogo conferido a tais modalidades delitivas tanto pela Criminologia quanto pela Dogmática Penal.

Ainda que a corrupção seja um fenômeno muito mais antigo (trata-se de conduta que remonta à Antiguidade, havendo registros de tipificação de tal comportamento desde o direito romano), é inegável que, na pós-modernidade, determinados fatores fizeram com que tanto

ela quanto a macodelinquência econômica fossem compreendidas como expressões de uma mesma realidade histórica e, por tal razão, fossem abordados de modo bastante semelhante pelas ciências criminais em geral.

Em que pese a sua antiguidade, a corrupção somente foi inserida como objeto de estudo da Criminologia no século XX, iniciando-se com os estudos da criminalidade do colarinho branco (*white collar crime*), termo cunhado por Edwin Sutherland, que, utilizando-se como critério de definição a qualidade do ofensor, adotou a expressão para caracterizar a criminalidade de postos mais elevados da sociedade, representando o conjunto de atividades ilícitas praticadas por indivíduos dotados de respeitabilidade e detentores de *status* social, no curso de sua atividade empresarial, que se diferencia qualitativamente do comportamento característico do restante dos criminosos (SUTHERLAND, 2016, 33-34).

Com o passar dos anos, passando-se o enfoque para a forma de atuação e objeto de seus atos, e não mais centrado na qualidade do autor, o termo passou a ser utilizado para designar a modalidade de crimes praticados no contexto empresarial e econômico, que não necessariamente tenham sido perpetrados por membros da elite (MACHADO; QUEZADO, 2018, p. 144).

Ainda que a aproximação entre os conceitos conduza a generalizações nem sempre adequadas, é possível afirmar que o estudo criminológico da corrupção e da macrocriminalidade econômica sempre esteve, de algum modo, correlacionado, assim como o tratamento conferido pela Dogmática Penal, razão pela qual ambas as modalidades serão tratadas no presente trabalho como fenômenos pertencentes a uma mesma categoria delitiva.

Conforme exposto, a criminalidade de colarinho branco somente ganhou a devida importância nos estudos criminológicos a partir da obra de Edwin Sutherland “White Collar Crime”, publicada em 1949, como resultado de dezenove anos de pesquisa sobre práticas criminosas no âmbito empresarial. Adotando uma abordagem sociológica, Sutherland, ao explicar o comportamento delinquente como resultado das interações sociais do indivíduo e dos processos de comunicação oriundos do meio que o circunda, foi um dos grandes responsáveis por ampliar a crítica ao fenômeno criminal, até então explicado por padrões exclusivamente etiológicos.

Segundo a teoria da associação diferencial, difundida por Sutherland, o comportamento criminoso não é determinado geneticamente, nem é produzido por problemas na personalidade nem da pobreza. Trata-se de um processo de aprendizagem proveniente da interação com outras pessoas no processo comunicativo, o que inclui não apenas as técnicas para o cometimento do delito, como também a racionalização do comportamento delinquente.

De acordo com Sutherland, a forma corporativa de organização empresarial possui a vantagem de uma maior racionalidade de suas ações. Uma racionalidade empresarial ressaltada em três aspectos: a) seleção de delitos que envolvem menor risco de descoberta e vítimas que estão menos propensas a contestar; b) escolha de crimes em que a produção de prova é mais difícil; c) adoção de “mecanismos de solução” (acordos de reparação). Com essa análise, o autor justifica a conclusão de que, em regra, os crimes praticados por empresas são deliberados e organizados (SUTHERLAND, 2016, p. 346-350).

Ao chamar a atenção para um tipo de criminalidade até então ignorado pelo sistema de justiça criminal e revelar o modo racional e organizado como os crimes de colarinho branco são praticados (o que inclui a sua capacidade de neutralizar as instâncias de controle), Sutherland ajudou a desnudar a desigualdade no sancionamento de certos agentes, contribuindo para atrair o foco dos estudos criminológicos para a delinquência empresarial e para denunciar a forma diferenciada como a justiça penal trata quem pratica essa espécie delitiva (SHECAIRA, 2018, p. 192).

Nos idos dos anos 60, a emergência da Criminologia Crítica, por sua vez, demonstrou a necessidade de promoção de uma política criminal destinada ao redirecionamento do poder punitivo para atingir setores historicamente alheios ao sistema penal:

Trata-se de dirigir os mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada. Trata-se, ao mesmo tempo, de assegurar uma maior representação processual em favor dos interesses coletivos (BARATTA, 2011, p. 202).

Nas décadas seguintes, vários estudos criminológicos acerca da criminalidade do colarinho branco sucederam-se, porém sem representarem grandes rupturas com as conclusões extraídas da teoria de Sutherland. Dentre elas, destaca-se a teoria da escolha racional (*rational choice theory*), desenvolvida na década de 1970 e que compreende o comportamento delitivo como fruto de uma escolha racional (perspectiva individual), na qual o sujeito avalia a relação de custo/benefício oriunda da prática criminosa, aferindo, racionalmente, as facilidades e dificuldades envolvidas no cometimento do crime (FERRAZ JUNIOR, 2017, p. 121). Tal teoria não trouxe grandes novidades em relação à teoria da associação criminal, que, algumas décadas antes, já assentava a ideia de que o indivíduo orienta-se pelo cometimento de um delito quando “(...) o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis” (SUTHERLAND, 2016, p. 351).

Transpostas as bases da teoria da escolha racional para o estudo da corrupção, pode-se afirmar que:

Os homens que agem em nome da “racionalidade pública” o fazem sempre por meio de uma racionalidade individual referente a fins. Não importa se é por prestígio ou renda. O fato é que a lógica da ação é privada e não pública, individual e não coletiva. Como consequência imediata desse argumento aparece a possibilidade de combater a corrupção aumentando: a) os riscos inerentes à ação; b) os constrangimentos legais. Igualmente ao caso da licitação, o simples crescimento da complexidade legal não irá impedir a corrupção. Poderá até aumentá-la. Por outro lado, diminuir a sensação de impunidade aumentará o custo da ação corrupta e poderá ter um efeito devastador na corrupção. Nesse caso, a impunidade corresponde a um risco menor. (MAURO, 2003).

A grande contribuição dessa teoria, portanto, consiste no engajamento pela prevenção situacional do crime. De acordo com esse pensamento, o crime poderia ser melhor prevenido de duas grandes formas: por meio de mudanças na disposição do ambiente para reduzir as oportunidades que tornam o delito favorável ao infrator e pelo incremento dos riscos da atividade criminosa (FERRAZ JUNIOR, 2017, p. 122).

Desse modo, foram edificadas duas grandes premissas que nortearam os estudos da corrupção e da macrocriminalidade econômica e influenciaram, inclusive, o tratamento de tais modalidades delituosas pela Dogmática Penal: a impermeabilidade dos crimes de colarinho branco frente às instâncias formais de controle (seletividade do sistema de justiça penal e cifras ocultas) e a necessidade de criação de estímulos dissuasivos, priorizando-se de uma abordagem essencialmente preventiva.

A tutela penal da moralidade administrativa, do patrimônio público, do meio ambiente e da ordem econômico-financeira sempre foi alvo de inúmeras críticas. Incumbiu à Dogmática Penal denunciar as inconsistências que o aumento do rigor legal e a criação de novos tipos penais para proteger bens jurídicos de caráter difuso e abstrato propiciaram, apontando as causas e as consequências advindas desse alargamento.

Se, de um lado, novas formas de riscos e perigos foram criadas, sobretudo pelo processo de globalização, o qual, ao mesmo tempo em que promoveu novas possibilidades de segurança global, diversificou as ameaças que pairam sobre os seres humanos e suas variadas formas de interação econômica e social (GIDDENS, 1991, p. 174), de outro, a simples expansão do Direito Penal para proteger interesses até então desconhecidos não se mostrou, na prática, efetiva.

Tradicionalmente concebido para tutelar bens jurídicos concretamente lesionados, o Direito Penal foi desenfreadamente ampliado para alcançar, também, riscos abstratos, sem qualquer preocupação com a (in) compatibilidade de tais interesses com os fundamentos em que se assenta a Dogmática Penal, resultando em inevitável frustração das expectativas depositadas no modelo de persecução penal para servir de antídoto aos problemas novos, além de sobrecarregar o sistema de modo a torná-lo ainda mais ineficiente para lidar com seus antigos dilemas.

Com isso, o ideal de proteção a bens jurídicos relevantes e prevenção a riscos tornou-se mero discurso falacioso, uma “reação simbólica” do legislador frente à criminalidade moderna e organizada, nas palavras de Winfried Hassemer (1994), na medida em que o sistema de justiça criminal nunca foi (e torna-se cada vez menos) capaz de entregar os resultados que dele se espera. E, nas poucas vezes em que é acionado, age de forma traumática e dispendiosa, acarretando, como efeito colateral, custos (não só econômicos, como também sociais) as vezes mais altos do

que o próprio dano (ou risco de dano) que com ele se pretendia combater.
Nas palavras do autor:

O aumento do rigor do Direito penal é marcante, mas sua capacidade de resolver os problemas a que é chamado não está provada, antes, é altamente improvável. Examinando a olho nu, constata-se que o Direito penal se amplia nas mesmas proporções em que crescem os problemas que ele deve solucionar – e naturalmente vice-versa. Especialistas podem enumerar boas razões pelas quais, em seus respectivos campos de atuação, o Direito penal não consegue nem intimidar nem ressocializar. As penas se distanciam, para mais e para menos, de um padrão médio, e os processos penais raramente seguem o curso e atingem seu final, como estabelece o Código de processo penal.

Tudo isso não encontra explicação numa Política criminal pouco enérgica ou numa persecução penal pouco empenhada. A explicação tem raízes mais profundas: o Direito penal não está equipado para alcançar esse tipo de prevenção, e isso, por sua vez, não é por acaso ou por descuido, pelo contrário: organizar o Direito penal para esse tipo de prevenção significa destruí-lo.

[...] O Direito penal preventivo alcança êxito apenas sob a condição de destruir seus próprios fundamentos. Ele é simbólico num mau sentido: não serve, como pretende, à proteção dos bens jurídicos; ele serve apenas àqueles que com ele fazem política. Sua utilização parece mesmo tornar público que os governantes levam a sério as grandes crises da época, pois mostra que eles buscam enfrentá-las com o mais poderoso dos instrumentos: o Direito penal. A longo prazo, esse Direito penal simbólico é destrutivo; a curto prazo, ele atua como sedativo, na medida em que lida com as crises apenas simbolicamente (e, em termos de ambiente e drogas, a situação é de crise mesmo!) e também inibe a busca de soluções reais para elas. A longo prazo, é preciso temer (ou pode-se esperar) que as pessoas, em algum momento, percebam que o rei está nu. (HASSEMER, 2008, p. 298-300).

Diante desse panorama de sobrecarga do sistema de justiça criminal e mau uso de suas ferramentas, ganha relevo a ideia de uma “política criminal orientada pela liberdade”, tal como propugnado por Hassemer (2008, p. 300). Isso não significa abrir mão dos instrumentos

penais, ainda necessários em relação aos casos mais graves (o que certamente inclui os grandes esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro). Significa adotar novos mecanismos de prevenção e controle mais efetivos e menos traumáticos, capazes de melhor lidar com os problemas atuais e entregar resultados que o Direito Penal, da maneira como ainda é usado, não consegue (ou o faz mediante graves violações a direitos e garantias fundamentais).

Especialmente em relação à macrocriminalidade econômica e à corrupção (incluindo os crimes societários), há evidente dificuldade de ordem teórica e prática: a imposição de penas privativas de liberdade pressupõe mecanismos de atribuição pessoal e individual da responsabilidade penal, o que nem sempre é possível quando se trata de infrações praticadas no curso de atividades empresariais, nas quais as participações individuais nos ilícitos muitas vezes não pode ser isolada e aferida (HASSEMER, 2008, p. 299).

Isso, por si só, revela um contrassenso: adota-se o sistema penal como mecanismo preferencial de solução de conflitos, embora os fundamentos necessários para a imposição de sanções restritivas da liberdade (e a própria prisão, em si) não sejam compatíveis com a grande parte dos crimes de colarinho branco (porquanto geralmente praticados por intermédio de pessoas jurídicas). O remédio é inócuo e causa efeitos colaterais indesejáveis, como bem adverte Silva Sánchez:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas sobretudo porque, ademais, tal expansão é inútil em boa medida, porque submete o Direito penal a cargas que este não pode suportar. Ao menos enquanto se mantiver um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação (2011, p. 63, tradução livre).

A situação posta é a seguinte: a corrupção e a macrocriminalidade econômica, por sua própria essência, são mais impermeáveis ao sistema de justiça penal que outras modalidades delitivas. E isso se deve a vários fatores, dentre eles a própria seletividade do aparato judiciário

(mais bem equipado para lidar com a criminalidade ordinária – os *street crimes*, ou crimes de rua), o pacto de silêncio característico desses crimes e os elevados índices de subnotificação (provenientes, dentre outros motivos, dos mecanismos de racionalização e justificação dos crimes de colarinho branco e do *status* social de que gozam os seus infratores, dotados de melhores instrumentos para inocular a atuação das instâncias de controle), e a própria incapacidade da justiça criminal para lidar com esses tipos de infração (pelas razões dogmáticas acima delineadas e pela própria sobrecarga do sistema penal, utilizado como modo prioritário de solução de conflitos, e não subsidiário).

Com isso, o Direito Penal não alcança nem sequer o seu propósito preventivo-geral, pois a certeza de sua ineficácia anula os efeitos dissuasivos pretendidos com a mera criação de novos tipos penais e a cominação de sanções restritivas da liberdade, por mais severas que sejam.

Concordamos com Winfried Hassemer quando ele propõe a superação do modelo punitivista em que se assenta o Direito Penal moderno para dar lugar a um sistema de justiça criminal mais voltado à prevenção delitiva, com efeitos não apenas simbólicos e com maior aptidão para enfrentar os novos riscos sociais provenientes da pós-modernidade (dentre os quais se destacam os delitos contra a ordem financeira, crimes contra a Administração Pública e outras modalidades de macrocriminalidade econômica).

Segundo Hassemer, as perspectivas de uma nova política criminal, mais condizente com os problemas atuais, impõem a substituição do que ele denomina “prevenção normativa”, característica do Direito Penal clássico e de natureza meramente simbólica, pela ideia de “prevenção técnica ou organizacional”, que pressupõe a adoção de medidas organizacionais criativas capazes de atingir, com maior efetividade, os fins preventivos que o sistema de justiça criminal deve alcançar, “(...) desenvolvendo instrumentos legais ou favorecendo a aplicação dos já existentes, os quais não apenas simulem seu caráter preventivo mas realmente tenham efeito preventivo” (2008, p. 309).

Tratando especificamente da corrupção enquanto modalidade de criminalidade que merece especial atenção (sem necessariamente abrir mão do aumento do rigor penal, considerando a alta lesividade desse tipo de ilícito e por se tratar de criminalidade organizada, o que justifica

a imposição de providências mais severas em determinadas situações), sugere o referido autor a adoção de medidas organizacionais criativas de caráter preventivo, como, por exemplo, a criação de canais de denúncias (*hot lines*) para transmitir à chefia imediata informações relevantes ao desfazimento de elos da cadeia organizacional da corrupção, a realização de inspeções e auditorias capazes de promover a detecção precoce de processos corruptivos, o aperfeiçoamento dos sistemas de registro e intercâmbio de dados, assim como o estímulo à cultura de acesso às informações. “Assim, a prevenção organizada seria a resposta certa à criminalidade organizada e, simultaneamente, acarretaria até mesmo a ampliação dos direitos do cidadão, diferentemente da prevenção normativa, que sempre vem acompanhada de ameaças e corrosões desses direitos” (HASSEMER, 2008, p. 313).

No mesmo sentido, Claus Roxin reconhece o aumento da vigilância estatal em setores estratégicos, como no enfrentamento da macrocriminalidade econômica e do crime organizado, como parte integrante do Direito Penal do futuro, em que a pena cederá lugar, cada vez mais, a medidas preventivas, reduzindo-se as punições a um núcleo essencial de comportamentos (2012, p. 8-9; 15).

Com isso, abre-se um campo fecundo a novas formas de controle, mais eficientes e menos traumáticas que o Direito Penal clássico, porquanto dissociadas da imposição de penas restritivas de liberdade (ao menos não de forma prioritária), dando lugar a sanções e outros estímulos dissuasivos efetivamente capazes de interromper o processo delitivo e prevenir novas violações a bens jurídicos coletivos.

2. A PERSECUÇÃO PENAL DA CORRUPÇÃO NO BRASIL E A INSUFICIÊNCIA DO MODELO ATUAL DE GESTÃO DE CONFLITOS

As instâncias formais de controle e prevenção à corrupção no Brasil sempre estiveram atreladas à adoção de mecanismos contenciosos de solução de conflitos, mediante instauração de processos (judiciais ou administrativos) cuja finalidade precípua consiste na imposição de uma sanção (multa, pena privativa de liberdade etc.), respeitado o contraditório e o direito de defesa.

Ao longo das últimas décadas, no entanto, foram incorporadas no sistema judicial brasileiro algumas medidas alternativas à prisão e mecanismos consensuais de solução de litígios, em flagrante mitigação ao outrora absoluto princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo, bem como criou-se um foro específico (juizados especiais criminais) para julgar de modo mais célere e simplificado crimes de menor potencial ofensivo, visando aliviar o sistema carcerário e judicial, evitando que delitos menos graves continuassem a sobrecarregar o Poder Judiciário, o Ministério Público e a polícia judiciária.

Contudo, nenhuma das alterações legislativas ocorridas nas últimas décadas conseguiu solucionar, de modo definitivo, os problemas crônicos do sistema de justiça criminal brasileiro, como a sobrecarga de processos, a morosidade da tramitação processual, a repressão seletiva e a superlotação carcerária. Apesar das reformas, a persecução penal no Brasil continua a não ser uma realidade para a parcela de criminosos pertencente a postos mais privilegiados da sociedade.

De acordo com o mais recente levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (2018), somente 1,46% das pessoas presas estão nessa condição pela prática de crimes contra a Administração Pública, enquanto mais da metade da população carcerária brasileira está atrelada a crimes contra o patrimônio e relacionados ao tráfico de drogas.

Isso evidencia que o sistema de justiça criminal brasileiro direciona o seu aparato repressivo a algumas modalidades delitivas, consideradas mais ofensivas à paz social e que atingem, prioritariamente, apenas aquelas pessoas social e economicamente mais vulneráveis, negligenciando uma boa parte de criminosos, igualmente ou até mais nocivos, porém mais capazes de inocuizar a atuação das instâncias formais (e informais) de controle.

Além da seletividade e direcionamento do aparato repressivo, existem outros gargalos que impedem o bom funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil frente a crimes de corrupção e demais modalidades de crimes de colarinho branco. O primeiro deles é a própria sobrecarga do sistema.

Segundo se infere de relatório diagnóstico divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (2012), com base em dados fornecidos pelos

Tribunais de Justiça estaduais e federais relativos ao ano de 2011³, a quantidade de julgamentos, em primeira e segunda instância, de processos criminais envolvendo delitos de corrupção ou lavagem de dinheiro é bastante inferior ao número de denúncias recebidas, correspondendo, no período analisado, a 30%, no caso da Justiça Estadual, e a cerca de 14% na Justiça Federal.

TABELA 1. Quantidade de denúncias de corrupção e lavagem de dinheiro recebidas e de julgamentos realizados no ano de 2011

Esfera de jurisdição	Denúncias recebidas no ano de 2011	Julgamentos em processos judiciais no ano de 2011	Julgamentos definitivos em processos judiciais no ano de 2011	Procedimentos judiciais em tramitação em 31/12/2011
Justiça Federal	229	53	30	1.137
Justiça Estadual	1512	636	453	5.897
Total	1741	689	483	7034

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2012, p. 4:7

³ Trata-se de relatório elaborado antes da aprovação do Novo Código de Processo Civil, que promoveu importantes reformas processuais visando racionalizar o sistema de justiça brasileiro e consolidar mecanismos de solução consensual de litígios. Contudo, a possibilidade de celebração de acordos em ações de improbidade administrativa somente passou a ser admitida com a recém aprovada Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”), que, ao prever o acordo de não persecução cível (ANPC), revogou expressa vedação legal em sentido contrário. A novel lei também ampliou substancialmente as hipóteses de solução consensual de conflitos penais, ao prever o acordo de não persecução penal (ANPP). Nesse sentido, considerando o panorama legislativo vigente até 2019, quando houve a incorporação desses novos institutos, desde a divulgação do relatório não se verificou qualquer alteração da legislação processual que pudesse justificar uma mudança substancial do quadro revelado nesse levantamento, razão pela qual, dada a carência de estudos específicos mais atualizados e pela própria reatencidade do ANPP e ANPC, esses dados foram apresentados no presente artigo para ilustrar a situação do sistema judicial brasileiro anterior à incorporação de tais mecanismos de solução negocial de litígios no ordenamento jurídico pátrio.

Verifica-se que o déficit de julgamentos de ações relativas a atos de improbidade administrativa é ainda maior do que o déficit de julgamentos dos processos criminais relativos a casos de corrupção e lavagem de dinheiro. Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (2012), a proporção entre o número de julgamentos definitivos e o quantitativo de ações de improbidade recebidas no mesmo ano é bastante inferior, correspondendo a apenas 1% dos casos, na Justiça Federal, e a 4% na Justiça Estadual.

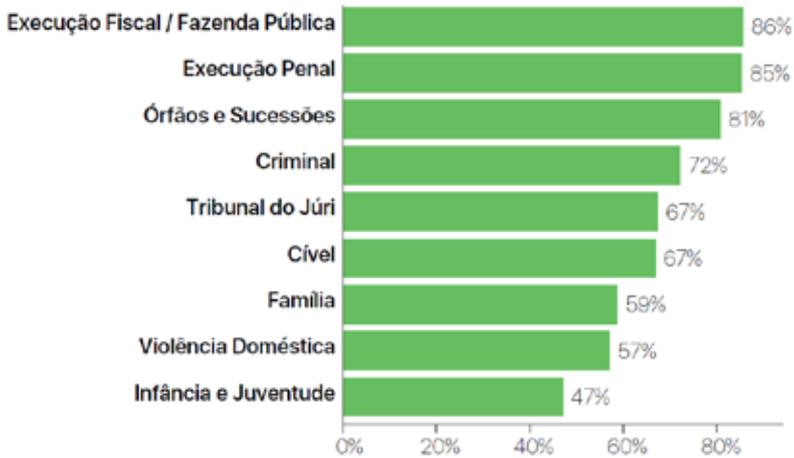
TABELA 2. Quantidade de ações de improbidade administrativa recebidas e de julgamentos realizados no ano de 2011

Esfera de jurisdição	Ações recebidas no ano de 2011	Julgamentos em processos judiciais no ano de 2011	Julgamentos definitivos em processos judiciais no ano de 2011	Procedimentos judiciais em tramitação em 31/12/2011	Réus condenados definitivamente
Justiça Federal	571	79	5	4.250	4
Justiça Estadual	5.739	2.106	251	14.011	264
Total	6.310	2.185	256	18.265	268

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2012, p. 11

Em levantamento mais recente, também realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (2020), extrai-se dos indicadores de desempenho das unidades judiciárias com competência especializada/exclusiva que as Varas de Execução Fiscal e das Fazendas Públicas, responsáveis pelo processamento e julgamento de ações de improbidade administrativa e demais ações de ressarcimento ao erário, possuem, dentre todas as unidades especializadas, a maior taxa de congestionamento (percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao número de processos que tramitaram no mesmo período), tendo alcançado índice de 86%. Já as Varas Criminais ocupam o quarto lugar no comparativo, possuindo índice de congestionamento igualmente elevado, de 72%.

FIGURA 1. Taxa de congestionamento nas varas exclusivas, por tipo de competência (ano-base 2019)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 199

Outro aspecto importante é o déficit de resultados. Mesmo quando rompidas as elevadas taxas de subnotificação e tais delitos são investigados e denunciados, grande parte dos casos de corrupção acaba não resultando na devida condenação dos envolvidos e restituição dos valores obtidos ilicitamente, seja por motivos de improcedência decorrente de insuficiência probatória, seja por ausência de elementos capazes de quantificar o real prejuízo causado pela infração, seja, ainda, em razão da prescrição, que corresponde ao reconhecimento do sistema judicial de sua própria ineficiência para resolver os conflitos em tempo hábil. A propósito, mais de 20% das ações penais de competência originária dos tribunais são extintas por prescrição⁴.

⁴ Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 21), no período de 01 de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2011, foram proferidas pelos tribunais de segunda instância (estaduais e federais) 5.797 decisões reconhecendo a extinção de punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva, o que corresponde a 20,8% dos 27.806 processos criminais de competência originária dos tribunais por foro de prerrogativa de função em tramitação no período.

O tempo de duração dos processos judiciais destinados a apuração de atos de corrupção também revela a ineficiência do Poder Judiciário brasileiro para enfrentar o problema. Conforme diagnóstico feito pelo Conselho Nacional de Justiça (2012) referente ao ano de 2011, o tempo médio de duração dos processos relativos a atos de improbidade administrativa na Justiça Federal, compreendido entre o recebimento da ação e a data do julgamento definitivo, foi contabilizado em 4 anos e 11 meses, enquanto na Justiça Estadual o tempo de julgamento verificado foi de 6 anos e 6 meses.

Esses dados traduzem em números o baixo índice de resolutividade e o grau de morosidade do sistema de justiça brasileiro, que, diferentemente de países com sistemas de maior cultura negocial (a exemplo dos Estados Unidos, onde a taxa de solução consensual de litígios chega a 95% dos casos) e a despeito das recentes reformas processuais destinadas a implantar mecanismos de solução consensual de litígios⁵, ainda possui índice geral de conciliação (percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas) muito baixo, de apenas 12,5%, conforme último levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (2020, p. 172).

Todos esses gargalos, aliados às dificuldades teóricas e práticas relacionadas à persecução penal dos crimes de colarinho branco, evidenciam a insuficiência do sistema judicial brasileiro para lidar com os casos de corrupção e delitos macroeconômicos.

Como efeito disso, cultiva-se na sociedade brasileira um sentimento de impunidade e descrédito nas instituições retroalimentado a cada caso de corrupção não solucionado e que se mostra deletério aos padrões éticos que devem nortear o comportamento de cidadãos e cidadãs. Afinal, se “sistemas claros de regras e punições, junto com uma imposição

⁵ A propósito, verifica-se que o índice geral de conciliação variou muito pouco de 2015 a 2019, saindo de 11,1% naquele ano para 12,5% neste último (Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 172), o que demonstra que a série de mudanças implementadas recentemente, notadamente com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, ainda não foi suficiente para produzir mudanças significativas. Resta saber se as recentes reformas promovidas pela Lei 13.964 (“Pacote Anticrime”), que introduziu o ANPP e o ANPC, surtirão maior efeito, especialmente no tratamento conferido à corrupção em âmbito judicial.

rigorosa, podem fazer diferença para os padrões de comportamento”, como bem adverte Amartya Sen (2010, p. 351), a apatia judicial e a ausência de sancionamento a indivíduos que pratiquem atos de corrupção amplamente noticiados certamente provocam reação inversa.

Diante desse cenário de elevada impunidade e seletividade, especialistas passaram a reconhecer a necessidade de promover novas formas de enfrentamento aos crimes de colarinho branco, privilegiando a adoção de medidas assecuratórias patrimoniais, sanções pecuniárias, confisco de bens (o que incluiria a polêmica proposta de confisco alargado) e outras penas restritivas de direitos em detrimento da imposição, hipotética e improvável, de penas privativas de liberdade (LIVIANU, 2014, p. 135).

Trata-se de estratégia alinhada a determinações oriundas de organismos internacionais e que, se devidamente efetivadas, podem contribuir para interromper cadeias criminosas altamente organizadas, cujo êxito de sua atuação repousa justamente na livre disposição de elevadas cifras, proveniente de meios ilícitos e que financiam a própria continuidade da atividade criminosas.

Contudo, a mera inserção, mediante reforma legislativa, de novos instrumentos destinados ao combate da corrupção e da criminalidade organizada não produzirá qualquer efeito prático se mantidas as mesmas estruturas em que se assenta o sistema de justiça penal brasileiro, marcado por fórmulas processuais burocráticas e de questionável eficácia, incompatíveis com a dinâmica da sociedade moderna.

Partilhando entendimento favorável à instituição de mecanismos consensuais de solução de conflitos penais, Suxberger e Filho afirmam que:

Diante do quadro de expansão do direito penal, verifica-se uma dependência da justiça negociada, por razões diversas. Não somente a gestão financeira identifica o interesse da Política Criminal Estatal, mas, também, na dinâmica da sociedade moderna, parece não existir mais espaço para um processo penal burocrático, ineficiente e moroso, como instrumento de concretização do direito material no quadro da criminalidade complexa e organizada. Os procedimentos processuais, com a repetição de atos desnecessários, não se coadunam com a velocidade da comunicação da sociedade moderna. (2016, p. 387).

Afinal, soluções criativas, céleres e efetivas são incompatíveis com modelos cartorários, morosos e estanques, como o sistema de persecução penal adotado no Brasil.

3. A CONSENSUALIDADE COMO ESTRATÉGIA POLÍTICO-CRIMINAL NO ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO E À MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA

Nos últimos anos, o Brasil vivenciou uma série de reformas legislativas destinadas a aperfeiçoar o sistema de controle e sancionamento da corrupção, da criminalidade organizada e demais infrações contra a ordem financeira e econômica.

Um dos mais importantes avanços consistiu na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013), que representa o grande marco legal para a “autorregulação regulada” em matéria de corrupção no Brasil, ao possibilitar a realização de acordos de leniência e estimular a instituição de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades.

Ao inaugurar um regime específico de sancionamento a pessoas jurídicas que pratiquem atos de corrupção, a referida lei aproxima-se, na visão de alguns autores, de uma espécie de sistema administrativo sancionador (VERÍSSIMO, 2017), cuja finalidade, nas palavras de seu idealizador, consistiria em “[...] ordenar, de modo geral, setores de atividade (reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial)” (SILVA SANCHEZ, 2011, p. 137, tradução livre). Ainda nas palavras do autor:

Como indicado, o Direito administrativo sancionador é o reforço da ordinária gestão da Administração. Assim, caberia afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integralidade, e por isso tipifica infrações e sanciona desde perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, mas sim o fator determinante é a visão macroeconômica ou macrosocial (as “grandes cifras”; o “problema estrutural” ou “sistêmico”). (SILVA SANCHEZ, 2011, p. 137, tradução livre).

Dessa forma, tratando-se de atos de corrupção ou infrações a ordem econômica e financeira praticados no contexto empresarial, abriu-se a possibilidade de direcionamento do aparato estatal para sancionar a própria pessoa jurídica, impondo-se medidas efetivas e capazes de coibir e prevenir o desvirtuamento das atividades empresariais, em vez de centrar esforços na persecução penal de seus sócios ou diretores, fadada ao fracasso, em razão da evidente incompatibilidade dos fundamentos do Direito Penal clássico com delitos societários e demais dificuldades de ordem prática, já mencionados neste trabalho.

Outra mudança importante ocorreu com a Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013), que incorporou alguns institutos difundidos internacionalmente para o enfrentamento da criminalidade organizada e demais delitos macroeconômicos, como a celebração de acordos de colaboração premiada com pessoas acusadas ou investigadas integrantes da organização que contribuam de forma voluntária e efetiva com a investigação ou o processo criminal. Dentre os resultados advindos da colaboração que autorizam a celebração do acordo, encontra-se a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa e a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais praticadas no curso da atividade ilícita.

Finalmente, outra grande inovação legislativa ocorreu com a recente aprovação do “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019), que alterou substancialmente o sistema processual brasileiro, ao ampliar os mecanismos de solução consensual de conflitos na esfera criminal, mediante acordos de não persecução penal (ANPP) em relação a delitos com pena mínima inferior a quatro anos (o que abrange a maioria dos crimes contra a Administração Pública, bem como o crime de lavagem de capitais).

De acordo com a novel lei, a celebração de tais acordos está condicionada à confissão, à reparação integral do dano (salvo manifesta impossibilidade de fazê-lo), à renúncia a bens e direitos obtidos como produto ou proveito do crime, além do cumprimento de prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária ou outra medida indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração imputada.

A mesma lei também passou a autorizar expressamente a celebração de acordos de não persecução cível (ANPC) nas ações que versam sobre atos de improbidade administrativa, superando antiga proibição expressa de transação, acordo ou outras formas de conciliação nas ações destinadas a apurar tais infrações.

Essas reformas legislativas, sobretudo as alterações promovidas pela Lei nº 13.964, na esteira de outros instrumentos legislativos anteriores, caminham em direção à consolidação de uma nova ordem processual, marcada pela solução consensual de litígios e ruptura parcial com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, visando imprimir maior racionalidade e efetividade ao sistema de justiça criminal. Em verdade, sob uma perspectiva mais ampla, o acordo de não-persecução penal, por exemplo, não é em si uma inovação total no sistema processual penal brasileiro. Mais adequado seria categorizá-lo como uma nova roupagem à transação penal (art. 76, da Lei 9.099/95).

De todos os aspectos relativos ao ANPP, trazido pela Lei 13.964/2019, a necessidade de confissão (de questionável constitucionalidade) é, sem dúvida, o maior ponto controvertido, pois, ao exigir a confissão, a lei confere à pessoa acusada dispor do devido processo legal, o que, dado o peso probatório que os juízes e as juízas atribuem à auto-atribuição da culpa, em síntese, muitas vezes, implicará o risco de produção prova contra si, algo inaceitável. Situação essa plenamente factível em um sistema penal, como o brasileiro, orientado pela seletividade (MENDES e MARTÍNEZ, 2020)⁶. Não se desconhece, portanto, que os acordos de não-persecução somente se possam dar legal e regularmente

⁶ Como apontam Mendes e Martinez (2020) basta imaginar “um dos tantos rincões brasileiros, onde não há defensoria pública, no qual alguém, com o justo receio de que possa responder a um processo criminal (que, por certo, durará anos), confesse falsamente para obter um acordo de não-persecução penal. Posteriormente, não tendo condições de, por exemplo, arcar com os valores da prestação pecuniária que lhe foi exigida como parte do acordo, venha a ser formalmente processado sendo que sua confissão sobre o crime que não cometeu já se encontra nos autos.” Em conclusão como advertem as autoras, em muitos casos em “um sistema penal como o nosso, no qual a defesa técnica inexistente para a maior parte da população carcerária composta por homens e mulheres, pretos, pobres e de baixíssima escolaridade pensar a possibilidade de “acordos” entre “defesa” e Ministério Público não passa verdadeiramente de um eufemismo para prisão.”

na medida em que a pessoa investigada disponha de real oportunidade de negociação, o que implica plenitude de acesso à defesa ainda nesta fase.

Por outro lado, em que pese a análise da constitucionalidade deste dispositivo ainda depender de manifestação de nossa Corte Suprema, convém registrar que, no plano dos fatos, quanto aos crimes de corrupção e outros que envolvem a macrocriminalidade econômica, por, inclusive, muitas das razões já expostas neste artigo, o risco de confissões falsas (ou obtidas sob pressão) e encarceramento indevido será de improvável ou impossível verificação. De qualquer sorte, é de resguardar-se aqui, portanto, as pertinentes e necessárias críticas de ordem criminológica decorrentes da seletividade dos sistemas.

Feitas essas considerações, é de ver-se que as inovações trazidas com a inclusão do acordo de não persecução penal provocarão profundas mudanças na forma de atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça, mormente o Ministério Público e o Poder Judiciário, enquanto instituições responsáveis pela concretização de políticas criminais no âmbito jurisdicional, no exercício de seus respectivos poderes de *persecutio criminis* e *jus puniendi* estatal, de modo a adequarem-se ao novo panorama normativo, que privilegia a solução consensual de conflitos em detrimento do antigo paradigma essencialmente litigioso.

A base de justificação da justiça negocial, como bem descreve Vinicius Vasconcellos, decorre da chamada “crise do processo penal”, a qual resulta do confronto entre o processo de expansão penal e a insuficiência de recursos econômicos, acarretando a frustração dos clamores punitivos da sociedade (2020a, p. 162), que não vê os conflitos serem solucionados com a mesma proporção com que são percebidos na vida cotidiana e previstos pela própria legislação.

Para o referido autor, a busca pela celeridade nos julgamentos de casos penais, regrada por posturas eficientistas, traz como consequências a relativização das regras do devido processo penal e a violação de direitos penais do acusado, acarretando a perda da essência do processo penal, que deixa de ser uma limitação ao poder punitivo estatal (VASCONCELLOS, 2020a, p. 163).

Refutando a crítica de que o modelo negocial provém de um discurso eficientista de ruptura com as premissas do processo penal democrático, Suxberger e Filho afirmam que tal posicionamento constitui

expressão de um garantismo com viés essencialmente negativo, que também termina por negar o postulado da proibição da tutela penal deficiente (2016, p. 391).

De todo modo, as críticas à possível vulneração dos valores consagrados pelo direito penal de matriz liberal aplicam-se com maior autoridade aos modelos de justiça criminal que reconhecem a possibilidade de imposição de sanções privativas de liberdade sem o devido processo penal (como ocorre no sistema estadunidense e, no Brasil, apenas no caso dos acordos de colaboração premiada). Nessa hipótese, a importação de mecanismos negociais como a “barganha penal” deve ser compatibilizada com o ordenamento jurídico pátrio, guardando estrita observância aos direitos e garantias constitucionais (VASCONCELLOS, 2020a, p. 170-171).

Contudo, as mesmas críticas não parecem incidir (ao menos não com a mesma proporção) nos modelos de persecução penal de viés essencialmente preventivo, orientados pela liberdade e pelo consenso, cuja imposição de penas restritivas de liberdade dá-se somente em caráter subsidiário e sem prescindir do devido processo penal (nos casos de infrações dotadas de maior gravidade ou caso frustrada a solução negocial do conflito). É este o modelo inaugurado com a Lei nº 13.964, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do acordo de não persecução penal.

Ressalvadas as controvérsias de cunho dogmático, a implementação de mecanismos consensuais de solução de conflitos acarreta inúmeras vantagens de ordem pragmática, dentre as quais se destaca a própria garantia de efetividade, porquanto possui como requisito de admissibilidade a confissão do infrator e a sua concordância com as medidas impostas como condição para a celebração do acordo. Nenhuma medida de caráter preventivo será tão ou mais efetiva do que aquelas que contem com a anuência do seu destinatário. Este, em contrapartida, passa a dispor da oportunidade de amenizar os custos (econômicos, sociais e até psicológicos) ocasionados pela acusação formal, fator que, dentro de uma perspectiva lógico-racional que rege a criminalidade macroeconômica, irá influenciar positivamente para a realização do acordo.

Com isso, pode-se afirmar que a previsão de acordos penais representa uma ruptura ao paradigma punitivista, na medida em que substitui a ideia de repressão por um conceito racional de prevenção,

por intermédio do qual se acentuam a necessidade e a legitimidade das formas de solução baseadas na economia processual e orientadas pelo consenso, possibilitando o fortalecimento das normas e da dinâmica de ressocialização, que não pode ser obtido com a mesma legitimação por meio do processo penal tradicional (SCHÜNEMANN, 2002, p. 294).

Claro que a busca por decisões consensuais traz evidentes dificuldades de ordem prática e demanda concessões mútuas (com o agravante de que uma das partes envolvidas, no caso o Ministério Público, representa interesses de caráter indisponível, o que limita consideravelmente a sua margem de negociação, na medida em que sempre deverá pautar a sua atuação no ressarcimento integral do dano e na imposição de medidas alternativas à prisão suficientes à punição e prevenção do crime). Acrescente-se que a discricionariedade do órgão acusador reside, tão somente, na forma de resolução do caso (ou seja, na resposta estatal ao ilícito praticado, dentro das balizas impostas por lei), pressupondo, assim como antes, a existência de justa causa e suporte probatório mínimo, porquanto a implementação de modelos de resolução negociada de conflitos na seara criminal não importa em total ruptura com o princípio da obrigatoriedade/legalidade que ainda orienta a persecução penal no Brasil (BRANDALISE, 2016, p. 171).

Em outras palavras, as reformas processuais empreendidas até então não conferem amplos espaços de conveniência e oportunidade ao Ministério Público no exercício de sua atividade persecutória, não podendo deixar de serem oferecidas denúncias (resguardada a possibilidade de acordo de não persecução penal, quando cabível) por critérios distintos da existência e comprovação do delito (VASCONCELLOS, 2020b, p. 248). Isso, por si só, nos diferencia do modelo estadunidense, marcado por ampla discricionariedade do órgão acusador, tornando incabível a simples reprodução no Brasil de inúmeras críticas feitas ao sistema de barganha penal norte-americano, notadamente no que concerne ao grau de coercibilidade das propostas, como apontam Suxberger e Filho (2016, p. 390).

Contudo, uma vez superados os gargalos que hoje impedem o regular funcionamento do sistema de justiça criminal (o que as reformas legislativas pretendem alcançar a médio prazo, mediante diminuição das taxas de congestionamento, por meio do aumento da solução precoce e consensual de conflitos), tais empecilhos deixarão de existir, porquanto

a celebração de acordos de não persecução penal, nos casos em que couberem, representarão alternativa mais vantajosa ao infrator (especialmente em relação aos crimes de colarinho branco), do que o risco de uma condenação criminal (e seus efeitos estigmatizantes), decorrente de um processo judicial com tramitação mais célere e com desfecho desfavorável ao réu mais provável (se devidamente equalizado o volume de julgamentos em relação à quantidade de denúncias oferecidas).

Nesse novo sistema processual, compete ao Ministério Público a gestão de sua atividade persecutória, oportunizando-lhe centrar os esforços investigativos em casos mais graves, em que a celebração de acordos não se revele suficiente para restabelecer o *status quo ante* e prevenir a prática de novos ilícitos, demandando medidas mais severas, seja privativas de liberdade, seja interdição de direitos, a serem decretadas pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma, cria-se para o Ministério Público um ambiente próspero ao planejamento de suas ações, facultando-lhe a gestão dos casos levados ao seu conhecimento e o exercício, com maior efetividade, de sua atuação preventiva, a ser considerada quando da celebração de acordos de não persecução penal, mediante imposição de medidas alternativas à prisão dotadas de efeito preventivo concreto, e não meramente simbólico, tal como propugnado por Winfried Hassemer.

Neste ponto, cumpre salientar que o enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica pressupõe mecanismos criativos de fiscalização e sistemas efetivos de controle e sancionamento que sejam capazes de inibir os estímulos favoráveis ao crime, mediante incremento dos custos e riscos relacionados à atividade criminosa.

Assim, em casos de infrações contra a Administração Pública e outros ilícitos macroeconômicos (cometidos pessoalmente ou por intermédio de pessoas jurídicas), podem ser impostas nos acordos de não persecução penal (e cível) medidas de caráter preventivo que sejam efetivamente capazes de coibir a prática de novos ilícitos, como a implementação na pessoa jurídica infratora de programas de integridade (com auditorias independentes e periódicas, treinamentos e capacitações para promover a ética corporativa, criação de fluxos de recebimento e tratamento de denúncias etc.), financiamento de programas educativos e de assistência a vítimas ou de projetos e obras públicas relacionadas

aos interesses lesados com a infração, dentre outras medidas criativas, a serem estipuladas pelo Ministério Público como condição para celebração do acordo.

Também são superadas as críticas ao uso do sistema criminal para tutelar bens jurídicos abstratos e a utilização de instrumentos sancionatórios tipicamente penais para combater infrações praticadas no seio de atividades empresariais, na medida em que a repressão a tais ilícitos deve passar a ser exercida, prioritariamente, por meio de sistemas próprios de controle e sancionamento, resguardando-se ao Direito Penal apenas os casos mais graves, assegurando, com isso, o seu caráter de *ultima ratio*.

Esse novo ordenamento processual também deverá impactar a atuação do Poder Judiciário, a quem compete homologar os acordos celebrados, de modo a aferir a voluntariedade e a suficiência das condições impostas para a garantir a repressão e prevenção delitiva. Dessa forma, caso a solução consensual de conflitos atinja os índices desejáveis, espera-se uma redução acentuada das atividades instrutórias e decisórias, as quais passarão a ser exercidas apenas nos casos em que não seja cabível ou restem frustradas as tentativas de acordo, possibilitando aos magistrados uma melhor gestão de seus acervos processuais e, com isso, maior racionalidade no exercício da atividade jurisdicional como um todo.

Destaca-se o importante papel que desempenham as sentenças judiciais no processo de gestão da política criminal, posto que dotadas de dimensão comunicativa geral, na medida em que atualizam a mensagem legislativa e o seu conteúdo mediante interpretações adaptativas ao caso concreto, além de reforçarem a própria obrigatoriedade dos preceitos incriminadores violados (BINDER, 2012, p. 176-177).

Por tal razão, torna-se imprescindível garantir a plena efetividade da atividade jurisdicional, haja vista que os entraves ao regular funcionamento do Poder Judiciário e o déficit de resultados deles decorrentes, especialmente no trato de questões relacionadas à corrupção e à macrocriminalidade econômica, transmitem uma indesejável mensagem de relativização desses ilícitos e de baixa coercitividade das normas incriminadoras, representando verdadeiro estímulo aos criminosos de colarinho branco, que, ao analisar os riscos de suas atividades criminosas, consideram como pouco provável uma condenação.

A celebração de acordos de não persecução, desde que assegurem o ressarcimento dos danos provocados pela infração e submetam o infrator ao cumprimento de medidas não privativas da liberdade compatíveis com a reprovabilidade da conduta, podem amenizar os efeitos nefastos decorrentes da atual apatia do Poder Judiciário frente à corrupção e macrodelinquência, porquanto a perda dos bens obtidos de forma ilícita e a imposição de sanções pecuniárias, restritivas de direitos e demais penas alternativas atendem ao propósito de reafirmar a coercibilidade e generalidade das normas proibitivas, o que certamente não ocorre nos casos não denunciados, julgados improcedentes ou prescritos, que transmitem mensagem oposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade do colarinho branco possui racionalidade própria, orientando-se a pessoa infratora de modo deliberado e organizado, mediante análise dos riscos e benefícios da atividade ilícita, conforme revelam os estudos criminológicos sobre essa modalidade delitiva.

Dessa forma, uma política criminal voltada à efetividade do enfrentamento à macrocriminalidade econômica deve necessariamente considerar os fatores que norteiam o comportamento dos criminosos de colarinho branco, de modo a reduzir as condições favoráveis ao delito, impondo riscos à atividade ilícita que a tornem menos atrativa.

O alargamento do Direito Penal para tutelar bens jurídicos abstratos, mediante criminalização de condutas potencialmente lesivas a interesses coletivos, não se revelou, por si só, suficiente para coibir os riscos decorrentes das novas modalidades de interação social e econômica advindas da globalização, em virtude de incompatibilidades de ordem dogmática e a própria seletividade do sistema de justiça criminal, que não costuma atingir determinados setores da sociedade, mais imunes às instâncias de controle e menos suscetíveis aos efeitos estigmatizantes da condenação.

Por tal razão, o tratamento do fenômeno corruptivo e da macrocriminalidade econômica demanda novas estratégias político-criminais, que reconheçam a falibilidade do sistema de justiça criminal para lidar com tais modalidades delitivas e que seja efetivamente capaz de prevenir a ocorrência de novos ilícitos.

Diante da comprovada ineficiência do modelo tradicional, a instituição de mecanismos consensuais de solução de conflitos apresenta-se como alternativa promissora, na medida em que possibilita, a um só tempo, uma melhor racionalização das atividades de persecução penal e jurisdicionais, além de permitir soluções mais céleres, criativas e adequadas a cada caso, traduzindo-se em respostas efetivas de repressão e prevenção a atos ilícitos.

A coercibilidade das normas proibitivas pressupõe sistemas de controle efetivos, que, sempre que acionados, sejam capazes de reafirmar a validade das regras e valores violados.

O enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica não deve se resumir a fórmulas processuais que tenham como única finalidade a imposição de penas restritivas de liberdade, pois, além das dificuldades de natureza dogmática, tal modelo de justiça não é capaz de fornecer soluções em tempo hábil nem prevenir, de modo abrangente, a ocorrência de novos ilícitos.

Por tal razão, torna-se premente que a atividade persecutória do Estado volte-se, prioritariamente, à imposição de medidas pecuniárias, restritivas de direitos e outras condições adequadas à repressão e prevenção delitiva, as quais podem ser infligidas ao infrator mediante acordo celebrado com o Ministério Público, prescindindo de processos judiciais morosos e de questionável resolutividade.

Ademais, a complexidade das infrações contra a ordem econômica e financeira e o seu caráter difuso, nem sempre passível de individualização, demanda a atuação de sistemas específicos de controle e sancionamento, mais abertos e dinâmicos (dissociados da dogmática jurídico-penal tradicional e de seus fundamentos), e que sejam capazes de promover uma tutela efetiva e integral dos interesses coletivos, produzindo efeitos preventivos e restauradores reais, e não meramente simbólicos, nos moldes propugnados por Winfried Hassemer e Jesus-María Silva Sánchez, restringindo-se o uso de penas privativas de liberdade aos casos mais graves, em que seja possível a atribuição pessoal de responsabilidade criminal.

Para tanto, deverá haver uma maior integração dos órgãos de controle que permita o regular funcionamento das distintas instâncias de sancionamento (responsabilidade por improbidade administrativa, responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção e responsabilidade

penal), de forma a imprimir um tratamento multisetorial, complementar, abrangente e efetivo aos casos de corrupção e infrações macroeconômicas, sem incorrer em abusos ou violações de direitos individuais.

Feitas tais considerações, é possível concluir que as recentes reformas legislativas ocorridas no Brasil, não apenas no âmbito cível como também na esfera criminal, trouxeram importantes avanços para o enfrentamento da corrupção e da macrocriminalidade econômica, inaugurando uma nova ordem processual, marcada pela superação de modelos primordialmente punitivistas e contenciosos em prol de um sistema mais dinâmico, que priorize mecanismos consensuais de solução de litígios e, com isso, concretize os ideais de efetividade e prevenção.

Entretanto, faz-se necessária uma remodelação da forma de atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça a quem incumbe a efetivação de políticas criminais em âmbito jurisdicional, especialmente o Ministério e o Poder Judiciário, para que se adequem a essa nova realidade, rompendo antigos modelos de atuação que se mostraram ineficazes e explorando os novos instrumentos colocados à sua disposição para, por meio de soluções criativas e resolutivas, consagrar os novos paradigmas da consensualidade e da prevenção.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BINDER, Alberto. *Análisis político criminal*. 1 ed. Bogotá: Astrea, 2012.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0*: Cadastro Nacional de Presos. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e-1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novos diagnósticos do enfrentamento da corrupção*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/rel_diag_improbabilidade.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Jairton. Análise criminológica da corrupção: uma visão despenalizante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 134, ano 25, p. 109-134, ago. 2017.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Tradução de Adriana Beckman Meireles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma Moderna Política Criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, p. 41-51, out/dez. 1994.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção – Incluindo a Lei Anticorrupção*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MACHADO, Bruno Amaral; QUEZADO, Marina. Corrupção pública pelos olhos da criminologia: dano social e violação dos direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano XVII, n. 70, p. 133-174, 2018.

MAURO, Carlos Eduardo Evangelisti. Uma análise da corrupção pública a partir da racionalidade e da ação. *Revista de Economia & Relações Internacionais*, v. 1, n. 2, jan. 2003. Disponível em: <http://www.mbaaap.com.br/revista_faap/rel_internacionais/economia_relacoes_internacionais.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo: Atlas, 2020.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Traduzido por Luís Greco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SCHUNEMANN, Bernd. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer, 2011.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Traduzido por Clécio Lemos. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016. <https://doi.org/10.5102/rdi.v13i1.4097>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, ano 28, p. 241-271, abr. 2020.

VERÍSSIMO, Carla. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

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

- *Soraia da Rosa Mendes:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Augusto César Borges Souza:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 27/04/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/06/2020
- Avaliação 1: 13/07/2020
- Avaliação 2: 24/07/2020
- Avaliação 3: 15/08/2020
- Decisão editorial preliminar: 23/08/2020
- Retorno rodada de correções: 02/09/2020
- Decisão editorial final: 08/09/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (RO)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MENDES, Soraia R.; SOUZA, Augusto C. B. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1175-1208, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.374>



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

Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato

*Criminal Maxiprocesses, Corruption and the Media:
An Analysis from the Operation Car Wash*

Raphael Boldt¹

Faculdade de Direito de Vitória, Vitória/ES, Brasil

raphaelboldt@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/7059830980608621>

 <http://orcid.org/0000-0002-1625-9856>

RESUMO: O estudo possui como objetivo compreender em que medida os maxiprocessos, dos quais a Operação Lava Jato é uma referência paradigmática, e os meios de comunicação de massa contribuíram para a transformação do processo penal no Brasil. Desde o método dialético e de uma perspectiva transdisciplinar que assume os aportes teóricos da criminologia crítica, o trabalho será orientado pela seguinte questão: de que forma a articulação entre a Operação Lava Jato e a narrativa jornalística hegemônica sobre a corrupção contribuiu para a ressignificação dos elementos estruturantes do processo penal? A investigação assume como hipótese que a construção simbólica da realidade pela mídia e a ascensão da Lava Jato promoveram a mutação das fontes de legitimação do processo penal brasileiro, cristalizando a crença de que o controle eficiente do crime requer a expansão do poder punitivo e a introdução de novos métodos processuais que restrinjam os direitos e garantias fundamentais, como é o caso da colaboração premiada e de outros institutos vinculados à justiça negocial.

¹ Pós-Doutorado em Criminologia pela Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Estágio doutoral na Johann Wolfgang-Goethe Universität/Frankfurt am Main. Pesquisador visitante junto ao Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq Direito, Sociedade e Cultura (FDV). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da FDV. Advogado criminalista.

PALAVRAS-CHAVE: Maxiprocessos; Corrupção; Mídia; Operação Lava Jato; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: *The study aims to understand to what extent the maxiprocesses, of which Operation Car Wash is a paradigmatic reference, and the media contributed to the transformation of the criminal process in Brazil. From the dialect method and a transdisciplinary perspective that assumes the theoretical contributions of critical criminology, the work will be guided by the following question: how the articulation between Operation Car Wash and the journalistic narrative about corruption contributed to the resignification of the structuring elements of criminal proceedings? The investigation assumes as a hypothesis that the symbolic construction of reality by the media and the rise of Operation Car Wash promoted the mutation of the sources of legitimization of the Brazilian criminal process, crystallizing the belief that efficient control of crime requires the expansion of punitive power and the introduction of new procedural methods that restrict fundamental rights, as is the case with a leniency deal and other institutes linked to bargained justice.*

KEYWORDS: *Maxiprocesses; Corruption; Media; Operation Car Wash; Fundamental Rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Maxiprocessos criminais: a instrumentalização política do processo penal no Brasil; 1.1 A reafirmação da epistemologia inquisitiva e a normalização do subsistema penal de exceção; 2. Discurso midiático e corrosão simbólica do garantismo; 2.1 O problema da corrupção: representação da realidade e legitimação do autoritarismo processual; 3. Operação Lava Jato e erosão do processo penal democrático 3.1 A neutralização do sistema de direitos e garantias constitucionais; 3.2 Novas formas de autenticação da verdade: a “inevitabilidade” da colaboração premiada; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal tem passado por transformações profundas no Brasil. A análise dessas alterações pressupõe o estudo dos

maxiprocessos ou megaprocessos criminais², em especial da Operação Lava Jato, parcialmente responsável pela modificação das representações sociais sobre o direito e o processo penal, bem como da estrutura da justiça criminal no país.

Portanto, o presente estudo possui como objetivo central compreender em que medida a Operação Lava Jato e os meios de comunicação de massa contribuíram para a ressignificação dos elementos estruturantes do processo penal contemporâneo a partir da constituição discursiva da realidade do sistema de justiça criminal brasileiro.

Embora o debate em torno desses temas possua facetas políticas e jurídico-penais, os juristas geralmente limitam-se a esta última, desconsiderando aspectos fundamentais. Assim, desde o método dialético³ e de uma perspectiva transdisciplinar que assume os aportes teóricos da criminologia crítica, o trabalho será orientado por algumas questões norteadoras, das quais interessa-nos, em particular, a seguinte: de que forma a articulação entre a Operação Lava Jato e a narrativa jornalística hegemônica contribuiu para a ressignificação dos elementos estruturantes do processo penal no Brasil?

Para responder a essa questão, o percurso investigativo será dividido em três partes. Num primeiro momento analisaremos o fenômeno do “gigantismo processual”, considerado por Ferrajoli como resultado da

² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 661. Para uma relação dos megaprocessos com o direito de defesa, Cf.: MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159, set. 2019, p. 45 – 67.

³ Questionar a verdade absoluta e os próprios argumentos, submeter-se à autocrítica permitindo aberturas transdisciplinares que propiciem o diálogo e exortem à mudança da realidade, premissas que compõem o pensamento dialético e que se adaptam aos objetivos do presente artigo. Nos referimos à “dialética moderna” na qual se inserem os autores da primeira geração da Escola de Frankfurt, que trabalha, implícita ou explicitamente, com as figuras lógicas elementares das *antinomias estritas* e que assume seu caráter incompleto e inacabado; uma “dialética aberta” que reconhece as persistentes tensões entre teoria e realidade. A respeito da *dialética frankfurtiana*, Cf.: RITSERT, Jürgen. *Themen und Thesen kritischer Gesellschaftstheorie: Ein Kompendium*. Weinheim und Basel: Beltz Juventa, 2014, p. 86.

mutação substancial dos métodos de verificação da verdade e das figuras delituosas⁴. É, sobretudo, no contexto da persecução à criminalidade organizada e aos crimes econômicos que esse modelo obteve êxito em diversos países, inclusive no Brasil.

A segunda parte do artigo destina-se a expor a atuação da mídia na construção do “combate à corrupção” como cerne do imaginário que preside o comportamento dos agentes estatais envolvidos na Operação Lava Jato, capaz de justificar socialmente práticas judiciais arbitrárias, claramente divorciadas dos limites constitucionais e legais.

Por fim, iremos demonstrar como essa “angústia quase apocalíptica”⁵ em relação à corrupção favoreceu a mutação das fontes de legitimação do processo penal contemporâneo, cristalizando a crença de que somente por meio da expansão do poder punitivo e da introdução de novos métodos processuais e técnicas normativas que restrinjam os direitos e garantias fundamentais torna-se possível o controle dos delitos de cariz econômico-financeiro.

Apesar das dificuldades conceituais e das particularidades de cada ordenamento jurídico⁶, o objeto de análise será principalmente a barganha no processo penal e, mais especificamente, a colaboração premiada, instituto que implica na renúncia à defesa, por meio da aceitação do réu à acusação em troca de algum benefício, negociado e pactuado entre as partes ou somente almejado pelo acusado.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵ INGRAO, Christian. *Crer e destruir: os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 31.

⁶ A respeito, Cf.: LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114, 2017. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 147, septiembre-diciembre de 2016, p. 13-33.

1 MAXIPROCESSOS CRIMINAIS: A INSTRUMENTALIZAÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO PENAL NO BRASIL

1.1 A REAFIRMAÇÃO DA EPISTEMOLOGIA INQUISITIVA E A NORMALIZAÇÃO DO SUBSISTEMA PENAL DE EXCEÇÃO

A Operação Lava Jato apresenta-se como manifestação do que Ferrajoli denominou “gigantismo processual”⁷, fenômeno que aponta para a expansão pluridimensional do processo penal. Como elemento estrutural do subsistema penal de exceção, o fenômeno dos maxiprocessos se desenvolve em três dimensões distintas: (a) *horizontalmente*, mediante megainvestigações contra centenas de indivíduos, das quais geralmente decorrem prisões provisórias sem fundamentos aptos a justificá-las, mas extremamente úteis como instrumentos de coerção e obtenção de delações; (b) *verticalmente*, com a multiplicação da responsabilidade dos investigados e dos réus; (c) *temporalmente*, por meio do prolongamento excessivo dos processos, violando, no caso brasileiro, a duração razoável do processo e viabilizando a manutenção desmesurada da prisão preventiva, especialmente em virtude da ausência de prazo legal para a sua duração.

A consolidação dos maxiprocessos surge, principalmente, como resultado de dois fatores: (1) transformações experimentadas pelo direito penal contemporâneo, cuja normatividade vem sendo descaracterizada em virtude da debilitação do conceito de bem jurídico e de seu funcionamento como fundamento e limite da legitimidade do direito penal; (2) epistemologia inquisitiva subjacente ao processo penal moderno, responsável pela mutação e ampliação dos métodos de verificação e autenticação da verdade.

Ainda que diversos autores defendam mudanças específicas no âmbito do direito penal, com a relativização da intervenção mínima em relação a algumas áreas, como ocorre, por exemplo, no tocante à macrocriminalidade⁸, a expansão penal no Brasil desconsidera

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 661.

⁸ Entre outros: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2005. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal*

aspectos político-criminais estratégicos e assume o endurecimento da legislação e a criminalização como solução para quase todas as mazelas sociais, inclusive para os problemas atinentes à segurança pública, em um claro desvirtuamento das finalidades declaradas das normas penais.

No campo processual, os influxos do modelo processual norte-americano geram algumas modificações no processo penal brasileiro que, apesar das críticas, parecem irreversíveis. Concebido por Schünemann como um *simulacro*⁹, o processo norte-americano tornou-se a principal referência para as reformas processuais europeias e latino-americanas, não por sua conformidade ao Estado de Direito ou ao sistema de garantias constitucionais, mas justamente por suas debilidades e por otimizar a persecução penal. A proposta de incorporar institutos como o *plea bargaining* e o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico pátrio, bem como a expansão da colaboração premiada e dos acordos de leniência, reforçam a tendência que aponta para o triunfo do sistema norte-americano.

Para além das objeções a esses institutos e apesar de alguns pontos positivos do modelo adversarial norte-americano, é importante observar que o direito processual brasileiro não deriva da *common law*, mas remonta a antigas instituições do *civil law*, o que tende a dificultar o funcionamento de um processo penal reformado e disfuncional do ponto de vista dos valores do Estado de Direito e da tradição jurídica que serve de matriz para o nosso sistema processual.

Apesar de Schünemann sustentar que o modelo adversarial reduz o processo penal ao combate entre adversários, com a eliminação do descobrimento da verdade, no caso de institutos como a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal essa crítica deve ser vista com considerável cautela. Na realidade, a atual “americanização do processo” tem contribuído para consolidar os elementos autoritários de um modelo que não foi capaz de romper com a epistemologia inquisitiva subjacente

Económico: Parte General y Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. No Brasil: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal económico: parte geral.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.* GRECO, Luís (Coord.) São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 243.

à sua principal fonte de inspiração, a doutrina italiana das décadas de 1920 a 1940 e o Código Rocco, descrito por Alfredo Rocco, ministro da justiça de Mussolini, como “o mais fascista dos códigos”.

É importante lembrar que “a dogmática penal sempre é histórica”¹⁰. Apesar das inúmeras modificações pelas quais passou o Código de Processo Penal brasileiro, o seu núcleo não foi alterado. É justamente no período de sua criação que se torna mais evidente a consonância entre a ciência jurídico-penal e a política. Inexistiu uma fratura com a dogmática penal anterior. A realidade do sistema de justiça criminal demonstra que o processo penal continua a se alimentar das racionalizações de legislações autoritárias. A ideologia do Código de 1941 não apenas se concretizou nos artigos legais, mas também contaminou a doutrina, a jurisprudência, a política criminal e as condutas dos agentes estatais.

Atualmente é perceptível a resignificação de velhos discursos autoritários. Fala-se em “processo pós-acusatório”¹¹ e “Estado pós-democrático”¹², um Estado sem limites rígidos ao exercício do poder. O que se nota, pois, é a clara vinculação da política ao direito por meio da ideologia da segurança nacional e de seus múltiplos processos de redefinição pós-Constituição de 1988.

O problema está em algo que os processualistas geralmente não percebem: a busca pela verdade. Ela é um obstáculo epistemológico e político à existência de um autêntico sistema acusatório. Ela não só funda o processo desde o *inquérito* – forma de exercício do poder que, por meio do judiciário, se tornou um instrumento de autenticação da verdade¹³ – mas continua a atuar como um guia para os atores processuais, justificando a ampliação dos horizontes punitivos e práticas completamente arbitrarias.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista: a Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 21.

¹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo penal pós-acusatório? Resignificações do autoritarismo no processo penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan - fev. 2015, p. 378-408.

¹² CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

¹³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

Esta é a hipótese que apresentamos e desenvolvemos em trabalho anterior¹⁴: a suposta racionalização do processo, defendida pelo pensamento iluminista e por praticamente toda a doutrina processualista, trata-se, na realidade, de um engodo, ou talvez, um artifício retórico que tem contribuído para a aceitação de um paradigma processual declaradamente laico, mas que se funda em “concepções de mundo e sistemas de referência convencionalmente religiosos e pré-rationais”¹⁵. Em outras palavras, a ruptura com a lógica inquisitorial e a consequente secularização do processo penal não passam de um mito.

A institucionalização e a preservação da lógica inquisitiva favorecem o quadro de quebra das regras do jogo e a inversão ideológica dos direitos humanos, uma vez que se invoca a tutela dos direitos para negá-los. Nos termos de Ferrajoli, “o Estado de direito é defendido mediante sua negação”¹⁶. Importante perceber, portanto, a normalização da exceção no tratamento das condutas criminalizadas, com a legitimação externa de práticas judiciais contrárias à Constituição. O que deveria ser apenas uma disfunção do sistema de justiça criminal tornou-se a regra.

Esse fenômeno amplia o poder jurisdicional e agrava a crise de legalidade do direito penal, autorizando arbítrios e abusos. Com amplo apoio dos meios de comunicação, narcotizados pela falácia de um discurso policalesco e autoritário, a perspectiva garantista do processo penal cede espaço para a blindagem teórica das violações dos direitos fundamentais, revigorando práticas autoritárias.

¹⁴ Cf. BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁵ SCHEERER, Sebastian. Desvantagens e utilidade da criminologia crítica nos tempos de terrorismo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 243-251.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

2 DISCURSO MIDIÁTICO E CORROSÃO SIMBÓLICA DO GARANTISMO

2.1 O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO: REPRESENTAÇÃO DA REALIDADE E LEGITIMAÇÃO DO AUTORITARISMO PROCESSUAL¹⁷

No livro *Crítica da Razão Cínica*¹⁸, o filósofo alemão Peter Sloterdijk inverte a frase de Marx *eles não sabem, mas o fazem* e afirma: *eles sabem o que fazem e continuam a fazê-lo*. A crítica à racionalidade cínica expõe o cinismo como uma nova face da ideologia, uma consciência que desvelou os pressupostos que determinavam seu agir “alienado” e ainda assim é capaz de justificar racionalmente tal ação. Para Sloterdijk, o mal-estar na cultura contemporânea adotou uma nova qualidade e agora se manifesta como cinismo universal e difuso. A crítica perdeu o seu poder desmistificador em uma época na qual o cinismo não é mais apenas um problema moral, senão um padrão de racionalidade.

Segundo Sloterdijk, o cinismo abdicou da sua potência crítica e assumiu a “lógica dos senhores”, infiltrando-se, assim, na raiz dos totalitarismos modernos. Dominados por uma “falsa consciência ilustrada”, professores, juristas, políticos, enfim, indivíduos que deveriam representar os ideais sociais de liberdade, passaram a exercer, cinicamente, o monopólio da mentira. Assim como ocorreu na Alemanha de Sloterdijk durante a República de Weimar, assistimos no Brasil à metamorfose do cinismo. Parafraseando Zizek ao referir-se à ideologia, “sabemos que ela é uma ilusão, mas mesmo assim a queremos”¹⁹.

Após a decisão do STF sobre a execução antecipada da pena, a força tarefa da Operação Lava Jato no Paraná declarou, por meio de uma nota, que a decisão do Tribunal está “em dissonância com o sentimento

¹⁷ Algumas ideias contidas neste tópico foram apresentadas originalmente em ensaio de nossa autoria intitulado *Operação Lava Jato e corrupção: uma crítica da razão cínica*, disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/operacao-lava-jato-e-corrupcao-uma-critica-da-razao-cinica/>.

¹⁸ SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

¹⁹ ZIZEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

de repúdio à impunidade e com o combate à corrupção, prioridades do país”²⁰. Embora o artigo 102 da Constituição Federal afirme que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” e seja função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos direitos nela assegurados, os membros da força tarefa estabeleceram, arbitrariamente, outras prioridades para o país e suas instituições. Na visão dos procuradores, guardar a Constituição Federal e fiscalizar a aplicação da lei são, portanto, atribuições secundárias diante do combate à corrupção. O equívoco do argumento está justamente em acreditar que só é possível punir tais desvios por meio da violação do texto constitucional. Cinicamente, os direitos e garantias constitucionais são apresentados – justamente por quem deveria defendê-los – como obstáculos à persecução penal e ao fim da impunidade.

Essa perspectiva sinaliza para a atual transformação na legitimação do direito e do processo penal. Contra o “inimigo” as regras do jogo podem ser violadas, pouco importando os riscos dessa estratégia para a democracia. Assim, o processo penal, que no Brasil nunca foi acusatório, transformou-se em mero instrumento de condução política. De forma mais geral, as distorções oriundas de maxiprocessos como a Lava Jato tem produzido não apenas o desmantelamento do sistema de direitos e garantias fundamentais, mas a cristalização dos valores pragmáticos da segurança e da eficiência.

A fantasia ideológica garante a imunização da Lava Jato, apresentada diariamente pelos meios de comunicação de massa como símbolo de moralidade e integridade, “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro na história do país”. Infelizmente o desinteresse dos juristas pela história das ideias explica porque é tão difícil romper com o passado e tão fácil resignificá-lo. Mente-se dizendo a verdade. A adesão à narrativa hegemônica sobre a Operação Lava Jato revela que pouco importa se realmente existem violações aos princípios do processo penal e aos direitos e garantias fundamentais. Assume-se simplesmente que os fins justificam os meios.

²⁰ A nota emitida pela força tarefa foi divulgada por inúmeros veículos de comunicação, entre outros: <https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-diz-que-decisao-do-stf-esta-em-dissonancia-com-sentimento-de-repudio-impunidade-24069002>.

O discurso punitivo justifica, inclusive, o autoritarismo e a violência desmedida contra aqueles que se opõem à nova ordem. O senso comum jurídico está presente nas salas de aula, nas salas de audiência, nos tribunais, enfim, em todos os espaços privilegiados que deveriam se destacar pela resistência ao conhecimento pasteurizado, esquematizado, simplificado. Retornando a Sloterdijk, a crítica da razão cínica explicita que os juristas não são marionetes alienadas, mas sabem o que fazem e continuam a fazê-lo.

No Brasil da Operação Lava Jato, a exceção tem sido justamente observar os direitos dos acusados. O direito e o processo penal foram colonizados pelos fins políticos e a narrativa oficial perpetua o que Ferrajoli chamou de “subsistema penal de exceção”²¹. São prisões preventivas decretadas para constranger réus a delatarem, teorias que excepcionam provas ilícitas, relativização das nulidades absolutas, banalização da justiça negocial (em especial da colaboração premiada), conduções coercitivas injustificadas, ampla aceitação de denúncias genéricas, expansão das hipóteses de responsabilidade penal objetiva etc. Tudo se torna legítimo quando a finalidade é erradicar a corrupção.

Mais do que apenas destacar os contornos do pensamento autoritário da justiça brasileira, a Lava Jato expôs a clara vinculação do discurso jurídico dominante à ideologia da segurança nacional. No paradigma de exceção permanente, a luta contra o crime organizado e a corrupção acarretou a perversão substancial do princípio da legalidade. Alguns juízes e membros do Ministério Público sugerem, inclusive, uma coligação inquisitiva em favor da sociedade, dos “cidadãos de bem”. De modo muito semelhante à “Operação Mãos Limpas”, na Itália, são inúmeros os encontros operativos, trocas informais de notícias e conselhos fora dos autos e dos canais processuais.

Presenciamos atualmente o fim do direito penal liberal e a radicalização do sistema inquisitivo. Apesar da notória dificuldade de estabelecer uma definição satisfatória para a corrupção, se a compreendermos como “o abuso de poder condicionado por

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 649.

vantagens”²², como propõem Greco e Teixeira, talvez seja possível concluir que a Operação Lava Jato a incorporou em suas táticas para alcançar um fim socialmente adequado e politicamente útil. Em outras palavras, a Lava Jato rompeu com as regras do Estado de Direito com o objetivo de reprimir os desvios.

Igualmente relevante para a Operação tem sido o papel desempenhado pela imprensa. Como expressa Santoro, a privilegiada posição social dos investigados, a utilização de meios de obtenção de informações tecnologicamente mais avançados e ocultos capazes de devassar a intimidade dos investigados, com a conseqüente espetacularização do processo, tornaram as “operações” um produto de venda essencial à mídia²³.

O acirramento da fragilização dos postulados constitucionais do processo penal democrático por megaprocessos como a Lava Jato vincula-se claramente à atuação dos meios de comunicação, uma vez que estes cumprem o importante papel de “reconstruir os fatos” por intermédio das notícias. Diante da complexidade de casos envolvendo inúmeros réus e crimes sofisticados, tudo precisa ser devidamente e excessivamente simplificado e dramatizado para a população, favorecendo, assim, a superexposição dos suspeitos e acusados, com a promoção de instrumentos de investigação que, combinados, formam um quadro que Neuling chamou de “inquisição por meio da informação”²⁴.

No Brasil, a tentativa totalitária subjacente ao discurso de “guerra contra o crime” disseminado pela mídia tem autorizado práticas

²² GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 31-32.

²³ SANTORO, Antonio E. R. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 83.

²⁴ A expressão foi empregada pelo autor no título da obra. Cf.: NEULING, Christian-Alexander. *Inquisition durch Information: Medienöffentliche Strafrechtspflege im nichtöffentlichen Ermittlungsverfahren*. Beiträge zum Informationsrecht, Band 13. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

juridicamente ilegítimas, porém politicamente justificadas. Nota-se, pois, a relevância do papel desempenhado pelos meios de comunicação, uma vez que a ideologia implícita ao discurso dominante funciona como mecanismo de construção da realidade a partir, principalmente, do encobrimento das reais funções dos direitos humanos em uma sociedade democrática e da reafirmação das funções declaradas do sistema penal. Como resultado, verifica-se a “corrosão simbólica do garantismo”²⁵, consubstanciada na deslegitimação de práticas comprometidas com a tutela dos direitos fundamentais em virtude da deterioração da teoria no plano discursivo.

Desse panorama complexo podemos extrair algumas breves conclusões. A primeira e mais importante é perceber que a democracia pressupõe, nos termos de João Mauricio Adeodato, a fragmentação do poder, além de certa desconfiança em relação ao caráter humano²⁶. As estratégias deliberadas para dificultar o direito de defesa, sobretudo nos processos de corrupção, perpassam a suposta tentativa de tornar mais eficiente a persecução penal. Elas escancaram uma racionalidade que, sob o pretexto de acabar com a criminalidade dos poderosos, propaga o continuísmo de ideias e práticas autoritárias no Brasil.

Por fim, se faz necessário reafirmar o óbvio: este artigo não assume a corrupção como um valor, muito menos desconsidera a relevância de instituições que são pressupostos do Estado Democrático de Direito. Porém, para punir é necessário garantir. Se por um lado seria hipocrisia negar os incontáveis e nocivos casos de corrupção no país, por outro, nunca foi tão importante resistir à generalização do cinismo, uma espécie de mentalidade coletiva. Em tempos de notória instrumentalização da justiça penal para fins políticos e de deterioração dos direitos humanos em prol do “bem comum”, torna-se fundamental rejeitar o cinismo da barbárie punitiva que “está passando o Brasil a limpo”.

²⁵ BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 143.

²⁶ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

3 OPERAÇÃO LAVA JATO E EROÇÃO DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

3.1 NEUTRALIZAÇÃO DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Apesar de vivermos atualmente em uma sociedade marcada pela sofisticação dos mecanismos de controle social, a descrença nas instituições disciplinadoras por excelência tem contribuído para a expansão do exercício de poder por intermédio dos meios de comunicação de massa, fenômeno chamado por Mathiesen de “sinóptico”²⁷. Com o avanço da tecnologia, não apenas o Estado, mas também os cidadãos passaram a controlar comportamentos desviantes e ampliaram os instrumentos de controle tradicionais.

Diante das expectativas frustradas da maioria no que se refere às funções declaradas da pena privativa de liberdade, a Operação Lava Jato canaliza as demandas sociais irracionais por um modelo de direito penal máximo carente de limites. Apesar de paradoxal, a pretensão de maximizar o poder punitivo estatal para solucionar problemas estruturais do sistema penal – como a gestão seletiva dos comportamentos criminalizados – surge como a única solução possível para coibir os “crimes de colarinho branco”²⁸ e promove a consolidação de um sistema de controle penal próprio de Estados totalitários.

Com o aumento do clamor por respostas punitivas mais severas, a intervenção penal torna-se a peça-chave para o controle dos indivíduos que se opõem à ordem estabelecida, passando o direito penal a ser apresentado pela mídia como resposta às aspirações individuais por segurança e instrumento de transformação social. Apesar dos discursos legitimadores da expansão do poder punitivo sinalizarem para a modificação do *status quo* e a consequente eliminação da corrupção e dos nefastos valores da “velha política brasileira”, o que se percebe é a notória

²⁷ MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's 'Panopticon' revisited. In: *Theoretical Criminology*. London: SAGE Publications, 1997, p. 12.

²⁸ Para um amplo estudo sobre os crimes de colarinho branco, conferir a pioneira obra: SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

politização do sistema de justiça criminal e sua instrumentalização com vistas a restringir os direitos e garantias individuais, ampliando-se, com isso, os obstáculos à construção da cidadania e os riscos para a gestão dialogal e democrática do poder.

A figura político-discursiva do “combate à corrupção” reconcilia, demagogicamente, partidos políticos conservadores e progressistas e permite o processo de relegitimação midiática do Estado criminalizador. Se por um lado o discurso oficial dos principais meios de comunicação brasileiros alinha-se aos ideais (neo)liberais e propõe a redução do Estado nas searas econômica e social, no que diz respeito às questões atinentes à segurança pública exige um Estado forte e paternalista, contrário aos postulados do direito penal no marco de uma concepção liberal do Estado e do Direito.

Como resultado dessa metamorfose discursiva, observamos a pulverização de políticas públicas direcionadas à concretização dos direitos sociais e a neutralização das bases fundacionais do direito penal clássico, orientado, nas palavras de Vera de Andrade, pela exigência de segurança individual contra a arbitrariedade do poder punitivo e instauração de um regime estrito de legalidade que evite toda incerteza do poder punitivo, promovendo, paralelamente, a sua humanização²⁹.

No atual horizonte histórico, a Lava Jato tem operado a partir do “senso comum do positivismo criminológico”³⁰, denunciando a defesa dos direitos fundamentais como individualismo exacerbado e convivência com o crime. Sob o pressuposto de resgatar a primazia do *social* e os *direitos da sociedade*, os protagonistas da Operação deslocaram o objeto da persecução penal do crime-fato para o criminoso. Para o senso comum, a causa do crime reside no próprio criminoso.

Os estigmas que envolvem o criminoso invertem a programação penal direcionada ao fato (direito penal do fato) e focam no autor-criminoso (direito penal do autor). Entretanto, sob a égide dos megaprocessos e, mais especificamente, da Lava Jato, pouco importa a tentativa

²⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 52 e ss.

³⁰ Idem, p. 62.

de reformar ou ressocializar o indivíduo, prevalecendo, pois, a sua mera incapacitação a partir de uma análise pautada na *lógica atuarial*, “padrão contemporâneo de racionalidade no sistema de justiça criminal”³¹.

É verdade que a busca pelo *controle eficiente* da criminalidade protagonizada por sujeitos poderosos somente se torna possível mediante a espetacularização dos incidentes e a construção da ideia de que os seus autores se tratam de criminosos incorrigíveis, membros de um sistema estruturalmente corrupto que só pode ser transformado a partir da neutralização dos indivíduos de alto risco. É importante notar que, apesar dos danos causados à sociedade geralmente serem muito superiores a certos ilícitos, como ocorre na maioria dos crimes patrimoniais, os delitos corporativos e aqueles praticados contra a administração pública raramente são abordados com a mesma intensidade pela mídia. Conforme Jewkes, fatores como a complexidade, dificuldade de dramatização e o desenvolvimento a longo prazo dos eventos criminalizados reduzem consideravelmente o interesse dos veículos de comunicação³².

Embora não estejamos falando aqui de incapacitação seletiva da *underclass*, o discurso penal contemporâneo apresenta determinadas categorias como potencialmente perigosas, o que conduz à legitimação de um modelo punitivo que não almeja combater o crime, mas gerenciar grupos. Em outras palavras, sustentada no binômio custo-benefício, a Operação Lava Jato alçou a um novo patamar a gestão econômica³³ do crime e expôs o compromisso do Estado com os interesses do mercado, fragilizando ainda mais o sistema de direitos e garantias constitucionais.

A Lava Jato obteve legitimidade e amplo apoio da opinião pública brasileira porque conseguiu impor uma narrativa específica sobre o crime e a punição, algo que seria absolutamente impensável sem o apoio da mídia. O mesmo aconteceu na Itália, onde a Operação Mãos Limpas se transformou em um grande espetáculo midiático. Entretanto, um dos grandes problemas é que a “espetacularização” das notícias prejudica a

³¹ DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 37.

³² JEWKES, Yvonne. *Media and Crime*. London: Sage Publications, 2004, p. 55.

³³ Sobre a abordagem econômica do crime e da punição, conferir a obra fundamental de Gary S. Becker: *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 39-85.

capacidade do público discernir entre aquilo que é “fato” e o que é *fake*. Vivemos a era das *fake news*, da *fake TV*. Ficção e realidade confundem-se, inclusive no contexto do sistema de justiça criminal, historicamente sustentado por ilusões.

3.2 NOVAS FORMAS DE AUTENTICAÇÃO DA VERDADE: A “INEVITABILIDADE” DA COLABORAÇÃO PREMIADA

A Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) foi a primeira a tratar expressamente da colaboração premiada no Brasil, prevendo no art. 8º, parágrafo único, que “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Apesar da entrada em vigor da nova Lei de Organizações Criminosas (Lei 12.850/13) e do regramento específico sobre a colaboração que ela apresenta, o dispositivo da Lei 8.072/90 permanece vigente e válido, juntamente com outras leis que também prevêem a possibilidade de prêmios legais concedidos a agentes que colaborarem com os órgãos da persecução penal, como ocorre, por exemplo, com a Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98, art. 1º, §5º, com redação dada pela Lei 12.683/12), Lei de Drogas (Lei 11.343/06, art. 41, *caput*) e Lei de proteção às testemunhas (Lei 9.807/99).

Desde o início da década de 1990 observamos uma tendência à ampliação dos instrumentos de cooperação no direito penal brasileiro, com diferentes incentivos para suspeitos e acusados celebrarem acordos que assegurem maior eficiência às investigações, especialmente em relação aos crimes econômicos e que envolvem organizações criminosas. Assim, a inegável realidade do alargamento dos espaços de negociação no sistema de justiça criminal possui íntima relação com a expansão do fenômeno dos maxiprocessos criminais, geralmente vinculados ao domínio da criminalidade organizada e da persecução à corrupção interna em prol do mercado³⁴, e com a mencionada “americanização” do processo penal, parte

³⁴ É importante destacar que alguns instrumentos negociais como a *plea bargaining* decorrem dos “intensos esforços da OCDE, nominalmente em um sistema de desenvolvimento econômico mundial. Essa composição internacional tem declaradamente um papel de força pensante (*think tank*), fazedora de regras (*rule maker*) e de pressão a seus pares (*peer pressure*)”. RODRÍGUEZ,

de um cenário mais amplo, exposto por Schünemann como a “marcha triunfal do modelo processual penal norte-americano sobre o mundo”³⁵.

Quanto aos influxos do modelo norte-americano no processo penal brasileiro, é fundamental destacar que nos Estados Unidos “o sistema de justiça criminal é agora principalmente um sistema de acordos”³⁶, onde as pessoas frequentemente têm negado o direito a um advogado ou a uma defesa consistente e são pressionadas a se declarar culpadas por ameaças de penas incredivelmente altas³⁷.

Apesar das variações quanto ao objetivo e aos benefícios concedidos pela lei ao colaborador, a colaboração premiada pressupõe a assunção da participação no delito e o fornecimento de informações às autoridades capazes de facilitar a resolução do crime. Importante observar, nesse aspecto, que a regularidade, a legalidade e a *voluntariedade* da confissão, previstas no art. 4º, §7º da Lei 12.850/13, são condições para a homologação do acordo de colaboração pelo magistrado.

No entanto, para além dos aspectos meramente dogmáticos concernentes ao instituto, exaustivamente explicados em importantes trabalhos sobre o tema³⁸, é interessante notar alguns problemas oriundos de um paradigma fundado em acordos que, na prática, podem se constituir em um perverso intercâmbio, apto a transformar a acusação em um instrumento de pressão, gerando, com isso, autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a

Víctor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 22-23.

³⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.) São Paulo: Marcial Pons, 2013.

³⁶ PETEGORSKY, Michael Nasser. Plea Bargaining in the dak: the duty to disclosure exculpatory Brady evidence during plea bargain. *Fordham Law Review*, Nova York, volume 81, n. 6, 2013, p. 3.602.

³⁷ Sobre o tema, ver: ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.

³⁸ Entre outros: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. MOURA, Maria The-reza De Assis. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. Nas palavras de Aury Lopes Jr., “o furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao ‘acordo’ vê o processo penal se transformar em uma complexa e burocrática guerra”³⁹.

Na esteira do pensamento de Geraldo Prado, verificamos atualmente a tendência por parte das agências responsáveis pela persecução penal de construir a verdade sobre os fatos no processo penal, discursivamente, valendo-se de supostas evidências obtidas por meio dos mais variados meios de prova⁴⁰, dos quais se destaca a colaboração premiada, expressão de um modelo de justiça criminal permeado por acordos entre acusador e imputado. Ao tratar da justiça criminal negocial, Vasconcellos aponta os riscos que esse modelo acarreta para o processo penal democrático⁴¹, concebido, desde a perspectiva garantista, como um instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

Ainda que se afirme a necessidade de um acordo voluntário como condição *sine qua non* para a sua validade e a aplicação dos prêmios legais, devemos analisar o instituto a partir da realidade concreta, situado em um horizonte histórico específico e no contexto perverso e excludente inerente ao funcionamento do sistema penal no capitalismo periférico. A superioridade do acusador público e o poder de transigir tornam as pressões psicológicas e as coações (sobretudo por meio da prisão cautelar) uma prática normal para compelir o acusado a aceitar o acordo e também a “segurança” do mal menor de admitir a culpa, ainda que inexistente.

Nem mesmo as recentes alterações da “Lei Anticrime” (Lei 13.964/19), no mencionado art. 4º, §7º, parecem solucionar o problema, pois o cuidado imposto ao juiz no tocante à análise do requisito da “voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que

³⁹ LOPES JR. Aury. Prefácio. In: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 14.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 69.

⁴¹ Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares”, não evita a mitigação da voluntariedade na celebração de acordos de colaboração premiada com réus presos. Logo, os acusados que se recusam a aceitar a colaboração ou o acordo sobre a pena são considerados incômodos e nocivos, recaindo sobre eles o rigor do “direito penal tradicional”, em que qualquer pena acima de quatro anos impede a substituição e, acima de oito anos, impõe o regime inicial fechado.

Além disso, é evidente que a Lei 12.850/13 não estabelece regras suficientes e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais, mesmo com as alterações introduzidas pela Lei 13.964/19. De todo modo, a inovação legislativa exposta no art. 4º, §16, amplia as hipóteses de “imprestabilidade das palavras do colaborador” quando isoladamente consideradas, realçando a ideia de que a colaboração premiada não pode, por si só, funcionar como *fumus commissi delicti*, dependendo de outros elementos de informação e de prova capazes de confirmar suas declarações.

Apesar de algumas posições contrárias, acreditamos que a colaboração premiada apenas ressignificou a estrutura inquisitiva do processo penal brasileiro, pois além de utilizar a coação para obter confissões e um posterior acordo, permanece vinculada à *epistemologia da verdade* que funda o processo penal moderno e permeia a atuação do intérprete. É importante destacar que a diminuição do risco de condenação para o delator pressupõe a sua confissão e, conseqüentemente, a renúncia do direito ao silêncio e a submissão ao dever de dizer a verdade. Conforme abordamos em obra diversa⁴², a colaboração premiada assume um modelo epistemológico que deriva do inquérito medieval, em termos foucaultianos, “forma de gestão e exercício de poder”⁴³ que configura a principal fonte imaginária dos sistemas processuais da modernidade.

Não se pretende nos estreitos limites deste artigo assumir a tarefa de definir o que é a verdade ou lidar com as inúmeras teorias que tentam explicá-la, senão perceber que a epistemologia da verdade, como

⁴² Cf. BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe*: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

fonte imaginária do processo penal moderno, tem orientado as práticas judiciais. Desde os primórdios do direito, afirma Janich, é possível notar a invocação de instâncias como a autoridade divina ou a reputação dos ancestrais para nortear a evocação da verdade daquilo que se diz⁴⁴. Para preservar estruturas de poder específicas, a racionalidade jurídico-penal utiliza mitos que são altamente funcionais e importantes para a reprodução acrítica das práticas forenses, forjadas para modelos autoritários/antigarantistas de sociedade⁴⁵.

Em outras palavras, a aparente “inevitabilidade” da colaboração premiada em casos complexos envolvendo maxiprocessos como a Operação Lava Jato não apenas funciona como mecanismo de fragilização dos direitos e garantias fundamentais, mas reafirma a inquisitorialidade do processo penal brasileiro, cuja matriz provém de uma invenção medieval ocidental desenvolvida a partir de técnicas que se destinavam a pesquisar a verdade no interior da ordem jurídica e que, desde a perspectiva nietzschiana, pode ser compreendido como um mecanismo de produção do conhecimento assentado em relações de poder⁴⁶.

Para além do âmbito judicial, as técnicas de inquérito difundiram-se em muitos domínios do saber e se tornaram uma maneira de autenticar a verdade⁴⁷. Desde então, a busca pela verdade tem norteadado o trabalho dos atores processuais, ampliando os horizontes de incidência das práticas persecutórias. Por fim, sob a justificativa de solucionar crimes complexos e oferecer uma resposta eficiente à criminalidade crescente e estrutural, em especial àquela de natureza econômica, o que a colaboração premiada fez foi ampliar e sofisticar os aparatos de controle e exercício do poder por meio de acordos que se legitimam na livre e espontânea vontade de partes supostamente iguais. Com o auxílio dos meios de comunicação, o discurso oficial repete incessantemente a relevância da colaboração premiada como meio de prova e obtenção da verdade, impondo um veredicto

⁴⁴ JANICH, Peter. *Was ist Wahrheit? Eine philosophische Einführung*. München: Beck, 2000, p. 14.

⁴⁵ CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24-25.

⁴⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

pretensamente imparcial sobre a imprescindibilidade das delações e a responsabilidade dos delatados.

A ascensão dos megaprocessos criminais produziu, portanto, um produto de venda essencial aos meios de comunicação de massa e esvaziou o processo penal fundado nos fatos para convertê-lo em um instrumento de condução política. Nas palavras de Santoro e Tavares, as colaborações premiadas ganharam um especial relevo nessa nova caracterização do processo penal, cuja utilização como arma política remete ao conceito de *Lawfare*⁴⁸.

Além de manipular a opinião pública e (re)afirmar tendências no campo do controle penal, a narrativa hegemônica adota uma postura simplória que reduz a corrupção e os problemas da política brasileira à mera discussão sobre valores e a um embate entre mocinhos e vilões. Ao empregar certos signos e se apropriar da verdade, uma das categorias centrais do processo penal, a mídia contribui para a construção da realidade, reorganizando o mundo e alterando as percepções de verdade e sentido da sociedade. De um lado, os agentes da persecução penal são deificados e o exercício do poder punitivo é exaltado, do outro, réus e advogados são transformados em óbice à efetividade da justiça, enquanto os direitos e garantias constitucionais tornam-se meros instrumentos de contaminação da verdade.

A “inevitabilidade” da colaboração com o sistema de justiça criminal por meio do fortalecimento da confissão e da delação de terceiros aniquila, na prática, as pretensões garantistas e confere novos traços ao processo penal moderno, cuja matriz inquisitória inviabiliza propostas reformistas e humanizadoras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que o mero conjunto de atos preordenados a um fim, a teoria processual contemporânea confere ao processo a função de resolução do caso penal por intermédio de uma decisão judicial que

⁴⁸ Para um amplo estudo do tema, Cf.: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

pressupõe a reconstituição da conduta imputada pela acusação, acolhida fundamentadamente, a partir de uma perspectiva de verdade processual proveniente de um processo em contraditório. Ferrajoli, por exemplo, aponta para a necessária conformidade processual às regras do jogo democrático, com a maximização dos direitos fundamentais e a contenção do poder punitivo.

No início deste trabalho destacamos as profundas transformações pelas quais passa atualmente a justiça criminal brasileira, com alterações normativas que legitimam práticas judiciárias cada vez mais questionáveis desde o ponto de vista constitucional. Nesse sentido, a análise dessas alterações pressupõe o estudo dos maxiprocessos ou megaprocessos criminais, em especial da Operação Lava Jato, marco recente para a modificação das representações sociais sobre o direito e o processo penal, bem como da estrutura da justiça criminal no país.

Apresentada oficialmente como “a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil, [...] com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos”⁴⁹, a Lava Jato promoveu modificações que vão muito além do campo jurídico-penal. Para além da obviedade desse diagnóstico, buscamos compreender em que medida a Operação Lava Jato e os meios de comunicação de massa contribuíram para a ressignificação dos elementos estruturantes do processo penal a partir da constituição discursiva da realidade do sistema de justiça criminal brasileiro.

Chamada por Zaffaroni de “fábrica da realidade”⁵⁰, a mídia tem desempenhado papel fundamental nesse contexto, pois promove a corroboração simbólica do processo penal garantista e a legitimação do poder punitivo, inclusive de seus excessos, por meio de uma narrativa que estabelece o consenso acerca da necessidade de endurecimento do sistema penal contra a “corrupção” estrutural e a elite política e econômica que, supostamente, assume os valores da *velha política*. Como resultado da

⁴⁹ Disponível no site do Ministério Público Federal: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 127.

primazia desse discurso, a mobilização dos aparatos punitivos se impõe como única alternativa para a contenção da criminalidade, sobretudo no que se refere aos crimes econômico-financeiros.

A construção simbólica da realidade pelos meios de comunicação de massa e a ascensão de maxiprocessos tem contribuído para a mutação das fontes de legitimação do processo penal, cristalizando a crença de que o controle eficiente do crime requer a expansão do poder punitivo e a introdução de novos métodos processuais e técnicas normativas que restrinjam os direitos e garantias fundamentais, como é o caso da colaboração premiada e de outros institutos vinculados à justiça negocial, institutos que marcam uma tendência aparentemente irreversível, mas ainda carente de uma legislação que delimite as espécies de acordos a partir do modelo processual proposto na Constituição Federal⁵¹.

No vácuo da perceptível crise de legalidade que se instaurou no Brasil, o processo penal declaradamente deixou de ser concebido e empregado como instrumento para a defesa das liberdades públicas, afastando-se abertamente do seu fundamento ético, ou seja, o compromisso com a proteção da liberdade do inocente. Ao atuar a partir de uma nova racionalidade, o sistema de justiça criminal assumiu definitivamente a lógica de que fins justificam quaisquer meios. Com a erosão dos direitos e garantias fundamentais e a resignificação pragmática do processo penal, cuja finalidade limita-se atualmente tão somente à cominação de penas, o direito à defesa torna-se irrelevante e a atividade jurisdicional transforma-se em mero exercício de poder, legitimada não mais pela Constituição Federal, mas pelos entusiastas de uma insaciável vontade de punir.

⁵¹ Nesse sentido, mas favoravelmente aos mecanismos consensuais no processo penal: REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do projeto anticrime. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 6-8, 2019.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2005.
- BECKER, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo penal pós-acusatório? Resignificações do autoritarismo no processo penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, jan - fev. 2015, p. 378-408.
- GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.
- INGRAO, Christian. *Crer e destruir: os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

JANICH, Peter. *Was ist Wahrheit? Eine philosophische Einführung*. München: Beck, 2000.

JEWKES, Yvonne. *Media and Crime*. London: Sage Publications, 2004.

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 19-114., 2017. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>

LOPES JR., Aury. Prefácio. In: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 159, Set. 2019, p. 45 – 67.

MATHIESEN, Thomas. The viewer society: Michel Foucault's 'Panopticon' revisited. In: *Theoretical Criminology*. London: SAGE Publications, 1997. <https://doi.org/10.1177/1362480697001002003>

MOURA, Maria Thereza De Assis. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEULING, Christian-Alexander. *Inquisition durch Information: Medienöffentliche Strafrechtspflege im nichtöffentlichen Ermittlungsverfahren*. Beiträge zum Informationsrecht, Band 13. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PETEGORSKY, Michael Nasser. Plea Bargaining in the dak: the duty to disclosure exculpatory Brady evidence during plea bargain. *Fordham Law Review*, Nova York, volume 81, n. 6, p. 3599-3650, 2013.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RITSERT, Jürgen. *Themen und Thesen kritischer Gesellschaftstheorie: Ein Kompendium*. Weinheim und Basel: Beltz Juventa, 2014.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

SANTORO, Antonio E. R. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>

SCHEEERER, Sebastian. Desvantagens e utilidade da criminologia crítica nos tempos de terrorismo. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. (org.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.) São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

SUTHERLAND, Edwin H. *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico: Parte General y Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 147, septiembre-diciembre de 2016, p. 13-33. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.147.10638>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. Justiça negocial e o vazio do projeto anticrime. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 6-8, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Doutrina penal nazista: a Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZIZEK, Slavoj. *Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

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

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

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): Algumas ideias contidas tópico 2.1 foram apresentadas originalmente no artigo *Operação Lava Jato e corrupção: uma crítica da razão cínica*, disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/operacao-lava-jato-e-corrupcao-uma-critica-da-razao-cinica/>. Fora isso, o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 09/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/06/2020
- Avaliação 1: 30/06/2020
- Avaliação 2: 06/07/2020
- Avaliação 3: 13/07/2020
- Avaliação 4: 13/07/2020
- Decisão editorial preliminar: 23/08/2020
- Retorno rodada de correções: 04/09/2020
- Decisão editorial final: 08/09/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (RO)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1209-1237, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.385>



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

Criminal Investigation of the Corruption Crimes: Evidence and Procedure in an Interdisciplinary Approach

*La investigación criminal en delitos de corrupción: La prueba y el
procedimiento desde una aproximación interdisciplinaria*

Delia Magherescu¹

Gorj Bar Association – Romênia

delia_magherescu@yahoo.com

 <http://orcid.org/0000-0003-0939-1549>

ABSTRACT: Approaching criminality in an interdisciplinary context has concerned practitioners in the last decades. The same situation is observed in criminal cases having as object the criminal investigation of corruption crimes, knowing the fact that this phenomenon is still into the judicial authorities' attention. In practice, there is a substantial jurisprudence on this topic. The current paper focuses on criminal investigation of the corruption in an interdisciplinary context, including elements of forensic investigation, gathering evidence by means of forensic science, as well as their administration during the criminal proceedings. Moreover, researching the current topic aims at analyzing phenomenon from the perspective of the judicial bodies' efforts of assuring functions of discovering and preventing corruption crimes, as well as punishing defendants during the criminal proceedings. In order to achieve this goal, the paper is designed in a qualitative research, with comparative elements and aspects of jurisprudence in criminal matters.

KEYWORDS: Criminal investigation; Criminal proceedings; Corruption crimes; Forensic evidence.

RESUMEN: *La aproximación a la criminalidad desde un contexto interdisciplinario ha preocupado a los operadores del sistema penal a lo largo de las últimas*

¹ Doctor in Law since 2005 awarded at the State University of Moldova, Republic of Moldova.

décadas. Esa preocupación alcanza también a la investigación criminal de los delitos de corrupción, un fenómeno que ya es objeto de atención por parte de las autoridades judiciales. De hecho, hay una importante jurisprudencia sobre la materia. El presente artículo se centra en la investigación criminal de la corrupción en un contexto interdisciplinario, abordando cuestiones relativas a la investigación forense, la consecución de pruebas por medio de las ciencias forenses, y la gestión de ese material probatorio en el marco del procedimiento penal. Junto a ello, el fenómeno se analiza desde una perspectiva interdisciplinaria, que tiene en cuenta el trabajo de los órganos jurisdiccionales en materia de prevención de nuevos delitos de corrupción y de reeducación de los acusados. A estos efectos, el artículo está diseñado como una investigación cualitativa, con elementos comparativos y análisis de la jurisprudencia en materia penal.

PALABRAS-CLAVE: Investigación criminal; Procedimiento penal; Delitos de corrupción; Pruebas forenses.

SUMMARY: 1. General Background. – 2. Criminal investigation of corruption crimes by means of forensic science. – 3. Approaching crimes of corruption in the judiciary. – 4. Reflection of criminal sciences over the corruption phenomenon. – 5. Legal instruments on fighting corruption crimes. – 6. Conclusions. Bibliography.

1. GENERAL BACKGROUND

Antisocial phenomena are currently so spread in the contemporary society. The *de facto* situation states that the corruption crimes are not excepted from this situation, they being also occurred within several fields of activity, from politics to public administration, from justice to private area. Moreover, the economic areas are “infected” with the corruption phenomenon, which restrains basically the development of economy of every state, as well as the entire society.

The democratic values, based on the principles of rule of law² and other constitutional ones, as well as the legislation into force, are,

² POPOVA, Maria; POST, Vincent. Prosecuting high-level corruption in Eastern Europe, *Communist and Post-Communist Studies*. v. 51, p. 231-244, 2018.

within this framework, incompatible with the development of corruption phenomenon, whose consequences are very harmful for society.

In order to combat the corruption phenomenon, the countries through their judicial authorities have in focus the following issues:

(i) adopting a legal framework well grounded to face pressures arisen from committing corruption crimes;

(ii) strengthening the capacity of fighting corruption crimes, as well as those assimilated with the corruption, in such a manner to lead to diminishing cases of corruption;

(iii) setting up a professional body of specialists in all areas of activity, especially within the public area;

(iv) achieving efficient justice under the principles of respecting law and public dignities;

(v) implementing efficient judicial mechanisms in criminal matters to conclude to achieving criminal procedural functions.

The fulfillment of the above stated requirements are possible with the implementation of legal instruments provided by the state's authorities within an interdisciplinary framework. In order to achieve these goals, the states participate with diversified programs and mechanisms that seek to diminish and combat corruption crimes as much as possible.

First of all, the activity in the field of judiciary is a remarkable one, as long as it is carried out outside of the influence area of corruption crimes. The judicial system in criminal matters provides a real guarantee in applying the basic principles of criminal proceedings, and solving criminal cases, especially of corruption ones, under the condition of legality and justified criteria, also based on conclusive, pertinent and genuine evidence, which conduct to finding truth in criminal cases of corruption.

Secondly, the forensic science has contributed significantly to solving cases of corruption. In practice, it is well known that the forensic investigation of corruption crimes has useful consequences for the judicial bodies in their activity of criminal investigation. It particularly refers to the instruments of gathering evidence, the modality of discovering, preserving, collecting and examining them, as well as the means of administering forensic evidence, during the criminal proceedings. Last but not least, it is about the procedure of achieving criminal investigation in special cases, as it will be emphasized in the next chapters.

Thirdly, as a rule, researching corruption phenomenon is the object of criminal sciences, whose intrinsic approach is indispensable. It is considered so, due to the fact that it is very important for the law enforcement agencies to analyze the corruption phenomenon from all perspectives, both substantively and procedural, for a better understanding of *de facto* judicial situation in the field of practice. Despite this feature, the criminal investigation of corruption crimes is the key factor of solving criminal cases, based on genuine evidence. It includes, among the other means of evidence, the forensic evidence, due to the fact that in several cases, digital devices are used by the law enforcement agencies in order to gather evidence in these cases³.

Thus, the criminal activity of committing corruption crimes could be discussed in accordance with the study of criminal phenomena, committed at macro-level, whose consequences have repercussions on the entire society.

Implementing certain solutions, which must be taken into account in the future in purpose to reduce corruption crimes, is the key factor among public authorities of every country. These aspects are the competence of criminologists, who are usually involved in promoting certain frame-instruments adopted at domestic level to streamline the fight against corruption crimes.

For these reasons, approaching corruption crimes in an interdisciplinary area is necessary. This approach characterizes the current paper in both theoretical and practical fields, which comes to support the law enforcement through practical solutions they could take into account for the future, in order to prevent and combat any kind of corruption crimes.

The content of the current paper as well as its structure has facilitated the qualitative research of the topic, by approaching corruption crimes in an interdisciplinary way. Thus, dialectical connection between the forensic science on the one hand and elements of the courts of law jurisprudence in criminal matters on the other hand, is more than necessary. Actually, it is essential in purpose to outline certain pertinent

³ HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE OF ROMANIA. *Decision no. 385/A/2019*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on May 21, 2020.

proposals of modifying legal framework into force in the matter of combating corruption crimes, as well as implementing efficient programs in fighting this scourge.

Finally, the jurisprudence in criminal matters states an ample vision upon the aspects regarding the size of corruption phenomenon⁴, as well as regarding the means of criminal investigation. The drawbacks the judicial bodies are faced with, were taken into account in carrying out the current paper, including those regarding the functions of investigation of corruption crimes, forensic investigation, as well as of discovering evidence.

It is considered so, due to the fact that the same importance features both the activity of discovering corruption crimes and the forensic investigation of them. Gathering evidence makes from this activity a complex one, based on strong principles, such as efficiency, rapidity, impartiality, firmness, legality, all being completed by the European principles in criminal matters, such as presumption of innocence and due process, advanced by the European Convention on Human Rights and promoted by the European Court of Human Rights' jurisprudence⁵.

2. CRIMINAL INVESTIGATION OF CORRUPTION CRIMES BY MEANS OF FORENSIC SCIENCE

According to the general principles of forensic science, committing offenses produces modification in the environment⁶. From this point of

⁴ CRIMINAL DECISION no. 294/A of 24 March 2020 of the Court of Appeal of Bucharest; CRIMINAL DECISION no. 66 of 3 March 2020 of the High Court of Cassation and Justice of Romania; CRIMINAL DECISION no. 201 of 14 February 2020 of the Court of Appeal of Bacau. Available at: <http://www.pna.ro>. Accessed on April 26, 2020). See also COMMUNICATION no. 238/VIII/ of 15 April 2020, COMMUNICATION no. 236/VIII/3 of 15 April 2020, COMMUNICATION no. 234/VIII/ of 15 April 2020 of the Anti-Corruption National Department. Available at: <http://www.pna.ro>. Accessed on April 26, 2020.

⁵ HUDOC. *European Court of Human Rights*. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int>. Accessed on April 28, 2020.

⁶ STANCU, Emilian. *Tratat de Criminalistica*. Bucharest: Universul Juridic, 2015.

view, it has been argued that the scientific methods and techniques are means of forensic science, which may assure the successful investigation of criminal cases⁷.

The forensic science provides a detailed field of action regarding the criminal investigation of offenses. No exception from this rule, the corruption crimes present a particular feature, determined by the criminal *modus operandi* that the perpetrators choose to adopt in their criminal behaviours.

It is well-known that, during the activity of criminal investigation, the main aim is that of discovering crimes. The activity of discovering corruption crimes is then followed by the other ones consisting in gathering evidence in purpose to proceed to send them to the forensic laboratory in order to carry out a scientific analysis.

Moreover, doctrine has emphasized that the forensic investigation activity does not involve exclusively the laboratory procedure. The crime scene investigation is equally important in this matter⁸. From this point of view, the legal doctrine has appreciated that the forensic science “is a field which includes a series of scientific methods and rules, intended to carry out certain procedural acts or procedural activities, starting even from the moment of investigating crime scene”⁹.

As a general rule, a specific feature of the corruption crimes is the character of being subject of flagrant action, organized by the judicial bodies in close cooperation with denouncers. From this perspective, it could be stated that the forensic investigation of the corruption crimes does not present difficulties during the activity of gathering evidence regarding the circumstances of crime and identity of perpetrator.

It is obvious that organizing flagrant action is more valuable within the activity of gathering evidence, as long as the forensic investigation bodies need pertinent, conclusive and useful evidence in order for them to solve the criminal cases. In this regard, the forensic examinations of

⁷ PALCU, Pavel. Necesitatea diversificarii regulilor tactice criminalistice aplicabile in cercetarea la fata locului. *Pro Lege*, n. 4, p. 77-81, 2018.

⁸ TRIF, Valentin; PETRE, Adrian. Cercetarea locului faptei in cazul constatarii infractiunilor de coruptie. *Curierul Judiciar*, n. 8, p. 453-458, 2017.

⁹ STANCU, Emilian, *op. cit.*, 2015.

electronic devices and recording surveillance also electronically come to provide genuine evidence for the judicial bodies¹⁰.

Thus, from the point of view of the way in which the forensic science acts within the judicial activity of investigation of the corruption crimes, some activities which particularly refer to discovering crimes, gathering evidence, fixing, preserving, picking up, transporting and analyzing them in the laboratory must be mentioned. The above stated activities will be carried out by the forensic expert, appointed to investigate the corruption crimes, in order to gather genuine evidence.

Another forensic mean of gathering evidence in cases of corruption is that of the perpetrator's fingerprint examination. Usually, in cases of corruption, the banknotes are beforehand marked with adequate chemical substance, which can subsequently be examined exclusively in the fluorescent light. Once the perpetrator touches them, then the substance covered penetrates the perpetrator's fingerprints¹¹.

The main argument of forensic means is that of the scope aimed during the judicial activity. It is about finding truth in criminal cases of corruption, regarding the acts and the circumstances they were committed in, as well as the perpetrators. Moreover, the forensic investigators are the owner of both logical and psychological syllogisms, they use in the judicial activity related to the forensic investigation of corruption crimes. They suppose minimal efforts, reduced costs and a minimum time period.

The operative activity of gathering forensic evidence is the key factor within the process of achieving forensic investigation of corruption crimes. This principle concludes to fulfilling pertinent evidence, gathered from the crime scene. Otherwise, the deterioration of evidence will result in compromising them, and implicitly in arising doubts regarding the relation established between those evidence and criminal case, whose solution is requested, based on legal and justified judicial decision. Thus, the value of evidence will be uncertain during the process of establishing truth by the judicial bodies.

¹⁰ HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE OF ROMANIA. *Decision no. 381/A/2019*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on May 21, 2020.

¹¹ This is the most common method used by the forensic experts in the activity of gathering evidence on fingerprints in cases of corruption crimes.

At the same time, the conclusive evidence is relevant in the activity of forensic investigation of corruption crimes. Infringing the conclusive feature of evidence will then conduct to compromising them as well as to appreciating them as being unessential for the activity of solving criminal cases, as a consequence they will be removed from the criminal proceedings.

Last but not least, the usefulness of evidence is essential to investigate the criminal cases. Infringing this feature will conclude inevitably to their inefficacy. As a consequence, the evidence which are not useful for criminal cases cannot clarify *de facto* aspects related to the way of committing corruption crimes.

All these issues, even led to judicial technique, have particular relevance during the forensic investigation activity of corruption crimes, due to the fact that gathering pertinent, conclusive and genuine evidence depends on the forensic experts' efficiency in developing activity of forensic investigation of the crime scene.

Basically, the object of realizing forensic investigation of corruption crimes is given by the specific methods and proceedings used, achieved either through the investigations which belong to forensic science or taken over the other sciences¹².

Moreover, through legal instruments provided by the forensic science to judicial bodies, the manner of realizing activities and duties outlined, as well as the objective rules and criteria of appreciating results and quality of evidence gathered during the forensic investigation activities will be established. It is considered so, due to the fact that, by default of legal evidence to highlight beyond any reasonable doubt that the crime exists and was committed by the defendant, the court of law is not entitled to pronounce the judicial decision on defendant's conviction.

The evidence administered during the criminal proceedings highlight that the defendant has required and received money and other gains from several persons. In this context, it has been enough for the

¹² The forensic science works in close connection with other sciences, such as physics, chemistry, legal medicine a.s.o., they join dialectical entire mechanisms of solving criminal cases. The professionals work in an interdisciplinary framework in order to familiarize them with proceedings and techniques specific.

court of law to state beyond any reasonable doubt that the crime exists and was committed by defendant with guilt. During the appeal procedure, the court of law stated that the environmental conversations, intercepted and recorded between defendant and denouncing witness, are not enough to convince the court of law that the defendant has committed the crime of taking bribery as described in the indictment act¹³.

The court of law must rely pronouncing decision on evidence which conclude beyond any reasonable doubt the existence of criminal act, which must prove the accusation formulated by the prosecutor during the investigation phase. As a consequence, other means of evidence must be submitted by the prosecutor and administered by the court of law during the judgment which establish that the defendant is the person who committed the crime of corruption. For these reasons, the appeal court of law has voided the sentence of the first instance and acquitted the defendant regarding the crime of taking bribery¹⁴.

Nevertheless, the judicial solution pronounced by the court of appeal is not justified, as long as the evidence of audio-video recording cannot be removed from the criminal case simply because there is no other evidence administered in the criminal case to corroborate each other in purpose to pronounce such decisions.

3. APPROACHING CRIMES OF CORRUPTION IN THE JUDICIARY

Approaching corruption crimes within the judicial framework supposes different situations according to the circumstances in which the crimes were committed. It is relevant in such cases that there is no unanimity of features brought together for similar cases and, for this reason, their particularities generate special ways of investigation and judgment as well. In this context, some relevant criminal cases of corruption have been in the practitioners' attention, which will be discussed in the current chapter. Nevertheless, they are not limited to

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ COURT OF LAW OF ORADEA. *Criminal Decision no. 446 of 2015*. Available at: <https://legeaz.net/spete-penal-curtea-de-apel-oradea-2015/luarea-de-mita-art-289-ncp-19-06-2015-jar>. Accessed on September 2, 2020.

these ones, but more particularly they highlight the manner in which the judicial bodies proceed to solve criminal cases of corruption in special circumstances.

For jurisprudence in criminal matters, a special attention is arisen for cases of corruption committed under several circumstances or under special procedure of admitting the guilt agreement. This is because, in practice many times corruption crimes involve either taking bribery, giving bribery, or other kinds of crimes, such as trafficking in influence or buying influence, on the other hand. On the other hand, there are many defendants in the same case, but only some of them choose their case to be investigated and judged under the special procedure of guilt agreement, while other ones, under the ordinary procedure.

Case 1: Corruption crimes committed under several circumstances

Discussing corruption crimes in the judiciary, it has been emphasized that the specific feature of *modus operandi* used by perpetrator makes that most of the times the denouncers in criminal cases have the judicial status of witnesses-denouncer. They know better the circumstances in which the crime was committed and, for this reason, the evidence by witnesses is obviously in this context. From this point of view, the witnesses-denouncer join the procedural rights during the criminal procedure, which support them, on the other hand, and help the judicial bodies to find the truth in criminal cases, as well as to solve them legally and justified, on the other hand. However, in practice, it is relevant that every witness-denouncer has a particular interest in the criminal case, consisting in applying judicial facilities.

The court of law has stated that the witness-denouncer, also defendant in criminal case, has provided the judicial bodies with evidence of the criminal activity committed by the other defendants, accused in the same case and sent to trial for committing the crimes of trafficking in influence and taking bribery. The court of first instance has stated that the witness-denouncer's information is corroborated with other evidence administered in criminal case. However, the entire means of evidence prove that he did not have a sincere behaviour regarding the real involvement in criminal activity. Moreover, the witness-denouncer tried skilfully to minimize or even to eliminate his contribution in committing

criminal activity¹⁵. In fact, the court of law has retained that the defendants were involved in the illegal financial support of the transport ministry' electoral campaign, in the exchange of a public contract signed for a huge amount of money. In the case presented above, there is an evident disproportion between the value of the witness-denouncer's information and the amount of money. Therefore, the witness-denouncer's statements regarding the aspects involved are doubtfully. In fact, the value of bribery is proved only by the denunciation and the witness-denouncer's statement, who was examined sincere at the polygraph test.

Nevertheless, the court of law has stated that the evidence is not enough to prove that the witness-denouncer gave the money as bribery to defendant.

From a practical perspective, the value of bribery is a relevant issue both from the point of view of the material object of corruption crime, which should be determined, but not presumptive or estimated¹⁶, as well as from the point of view of the special measure of seizure, as proceeds gathered from committing crime of corruption¹⁷.

De facto situation states that usually defendants deny committing crime of taking bribery. In spite of the oscillating behaviour during the investigation and judgment phases of criminal proceedings, which cannot be considered as an evidence of guilt, only the denunciation as well as the denouncer's testimony (being considered sincere at the polygraph examination)¹⁸ remain in the means of evidence administered by the judicial bodies. They cannot be appreciated as conclusive and sufficient evidence to prove the defendant's guilt for the accusation of taking bribery, as mentioned in the entire elements, such as the value of material object¹⁹.

¹⁵ HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE OF ROMANIA. *Decision no. 121/A/2019*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on May 21, 2020.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Although the result of polygraph examination is considered as a scientific evidence, it can be distorted by the involved person's behaviour, thus it does not provide absolute certainty evidence regarding the real behaviour either simulated or sincere.

¹⁹ HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE OF ROMANIA. *Decision no. 121/A/2019*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on May 21, 2020.

Taking into account the principle applied in cases of crimes committed under several circumstances, the court of law has to apply the appropriate penalty, along with a proportion of penalty for each circumstance retained for the defendant's criminal act committed.

First of all, in order to solve legally and justified the criminal cases of corruption, the courts of law are focused on the activity of applying penalty, if the evidence administered in criminal cases result beyond any reasonable doubt that the crime exists and was committed by defendant under the guilt stated by the indictment act. Administering evidence by the judicial bodies implies a procedure within the standardized conventional limits of the ordinary procedure. It is considered so, due to the fact that, according to provisions in criminal matters, the judicial body is entitled to administer evidence both in accusation and in defense.

In other words, in cases in which there are no conclusive, pertinent and genuine evidence to conclude that the accusation formulated by the prosecutor during the investigation phase is proven, then the defendants are entitled to the right to propose evidence in defense, on the one hand, and the judicial body is obliged to administer them, on the other hand, according to Article 6 para 1 of the European Convention on Human Rights. In this regard, the provision stipulates the fundamental principle of equality of arms during the criminal proceedings, establishing thus a balance between accusation and defense.

De iure, the principle of *in dubio pro reo*, also into force, states that if a doubt regarding the evidence administered in criminal case exists, it must be interpreted in the defendants' advantage, because the judicial decision cannot be pronounced on doubtful evidence, but only on pertinent, conclusive and genuine evidence.

In order for the criminal punishments to be applied by the courts of law, the procedure of administering evidence in criminal cases of corruption is one very well determined, both from the point of view of proceedings and of applying penalty as well.

Secondly, applying penalty in criminal cases of corruption supposes a particular approach from the perspective of the judicial authorities' involvement in solving criminal cases. Equally, applying penalty must be viewed under the imperative of achieving judicial act in criminal cases of all constitutive elements, consisting in discovering

perpetrators and establishing their guilt based on conclusive, pertinent and genuine evidence, according to Article 6 par. 2 of the European Convention on Human Rights, which regulates the presumption of innocence.

This is because the judicial authorities are looking for reducing the corruption phenomenon through coercive criminal procedural means, related to the function of punishment and implicitly to the serious degree of crime danger.

Thirdly, the doctrine of criminology has expressed contrary points of view regarding the theory of repressive application of punishments. One of them was pointed out by Cesare Beccaria, who completely combated the character of severity and intimidation of punishments²⁰. In this regard, it was stated that the punishment usefulness makes the difference in the field of criminal sciences²¹. Moreover, it has been pointed out that „the savagery of penalties is not just inhuman, but also needlessly, because not the torture rigor, but the penalty certainty may exercise a preventive role”²².

Expressing the fundamental idea that features the provisions in criminal matters regarding the logic of applying punishments, it is obvious that, from this point of view, both fundamental principles that characterize the tradition in criminal cases and novelty elements, specific for the European legal systems, should be taken into account. Nevertheless, a particular involvement of the procedural provisions in criminal matters is necessary to outline its specific effects on the judiciary. The legal doctrine has highlighted regarding the offenders that the criminal sanctions are unavoidable consequences of criminal behaviour, which assure both coercion and reeducation of those who committed offenses²³.

Fourthly, applying penalty in criminal cases of corruption is a general necessity, discussed in accordance with the perpetrators’

²⁰ AMZA, Tudor. *Criminologie teoretica*. Bucharest: Lumina Lex, 2000, p. 93-102.

²¹ AMZA, Tudor. *op. cit.*, p. 93-102; CIOCLEI, Valerian. *Manual de criminologie*, Eight (ed). Bucharest: C.H. Beck, 2019, p. 62-71.

²² *Idem*, p. 66.

²³ GAMBA, Astrid; IMMORDINO, Giovanni; PICCOLO, Salvatore. Corruption, organized crime and the bright side of subvention of law. *Journal of Public Economics*, v. 159, p. 79-88, 2018.

behaviour during the criminal proceedings, who have understood that this is the only one judicial way to accept the consequences of crime committed. For this reason, both the issue of usefulness of applying punishment and its severity, as detailed by Beccaria will be taken into account²⁴ by the courts of law during the process of achieving justice in criminal cases of corruption.

Moreover, applying penalty in criminal cases of corruption is part of the judicial bodies' activity of maintaining high standard of the principle of correlation the crime committed with the appropriate penalty. The concept has been appreciated as a „serious argument in the support of its existence and an argument that the punishment is the main and immediate mean of fighting criminality”²⁵.

Basically, the judicial system in criminal matters comprises three pillars: investigation, judgment and, if applicable, punishment, each of them being featured by specific elements provided by the criminal procedural issues. The sanctions in criminal matters, applied in cases of corruption have a significant role in achieving the goals of criminal justice. It is perceived as consequences of infringing criminal provisions. The legal doctrine has pointed out the idea of justification of applying punishment²⁶. Thus, one of the most important theories focuses on the “justification of punishment through its diversified and discouraging character, as well as the useful character for the preserving social order”²⁷.

Finally, as a form of prevention corruption and a mean of punishing perpetrators, the penalties are featured under the coercive force. In this matter, the legal doctrine has pointed out that “applying

²⁴ OANCEA, Ioan. *Probleme de criminologie*. Bucharest: All International, 1998, p. 175.

²⁵ KELLENS, Georges. *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*. Faculté de Droit de Liège, 1991, p. 19; OANCEA, Ioan. *op. cit.*, p. 183.

²⁶ CIOCLEI, Valerian. *op. cit.*, p. 65-66; MAGHERESCU, Delia. *Recunoasterea vinovatiei si aplicarea pedepsei*. Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2019, p. 92-97.

²⁷ CIOCLEI, Valerian. *op. cit.*, p. 65.

punishment is the exclusive competence of the courts of law, as it was stated by the principles of criminal proceedings”²⁸.

Taking into account the logical structure of justice in criminal matters, applying punishment means a comprehensive element of its composition. In this regard, the legislator has stated what the consequences of infringing the provision are applied. Moreover, the legal doctrine has emphasized that the tripartite composition suits to logical concept of achieving purpose of criminal justice entirely, which states that any rule or special mean of investigating criminal cases of corruption highlights how important the activity of gathering evidence in order to prove them is.

Furthermore, the punishment in cases of corruption crimes is characterized by the fundamental principles of criminal proceedings, such as legality, individualization of criminal sanctions, personality of criminal sanctions a.s.o.

Within the framework of establishing criminal sanctions, the judicial individualization is an essential element, due to the fact that it involves the activity of both establishing and applying these sanctions by the court of law²⁹. In these circumstances, applying criminal penalties is the judicial activity justified from at least two points of view. One of them, in order to satisfy the general principle of the function of coercing participants to social life, and another one, in order to value the function of the defendants’ status within the judicial framework.

While the function of coercion of criminal penalties must be analyzed in accordance with the feature of deprivation of certain rights, ordered to offenders, the function of reevaluation is equally important within the process of solving criminal case. Thus, through applying criminal penalties, changing convicts’ behaviour is taken into consideration, as well as their correction in accordance with the social values protected by the provisions in criminal matters. These rules are of general applicability within the process of applying penalties in criminal cases of corruption.

²⁸ CRISU, Anastasiu. *Drept procesual penal. Partea speciala*. Bucharest: All Beck, 2005, p. 128-129.

²⁹ COURT OF LAW OF CRAIOVA. *Criminal Decision no. 819 of 6 June 2018*. Available at: <http://www.barouldolj.ro>. Accessed on November 24, 2019.

Case 2: Corruption crime under the special procedure of admitting the guilt agreement

A particular issue is also arisen in cases of corruption crimes, solved through the special procedure of admitting the guilt agreement³⁰. It is justified by achieving both the investigation and judgment functions of criminal proceedings under special circumstances the defendants would like to finalize their conflict on corruption crimes.

Moreover, its justification appears in this context in close connection with the scope of applying penalties itself, consisting in the activity of achieving investigation procedure as well as its consequences in the judiciary. A practical situation is provided in criminal cases in which only one defendant agrees to admit the guilt and sign a guilt agreement with the prosecutor during the investigation phase. In such circumstance, what does the judicial status cover another defendant who does not agree to admit the guilt with the consequence of signing the guilt agreement? Is respected in this case the principle of presumption of innocence for the defendant who want to solve criminal case under the ordinary procedure instead of the special procedure of the admitting the guilt agreement? There are only a few questions that deserve appropriate answers, based on judicial pertinent and legal decisions stated by the judicial bodies.

On the one hand, during the special procedure of admitting the guilt agreement, the defendants have a series of advantages of particular feature, which cannot be reported to the other perpetrators of the same criminal case, due to the fact that the judicial individualization of applying penalty depends on certain factors, such as the defendants' own circumstances of committing corruption crimes³¹.

On the other hand, the judicial system in criminal matters is characterized by the principle of *general social prevention*, which cannot be realized in this circumstance, as the legal provisions state.

For this reason, it is very difficult to achieve the general prevention of society *lato sensu*, in criminal cases of corruption solved

³⁰ MAGHERESCU, Delia. *op. cit.*, 2019.

³¹ HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE OF ROMANIA. *Decision no. 443/RC/2019*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on May 21, 2020.

through admitting the guilt agreement, for example. In spite of this inconvenience, the prevention of committing crimes *stricto sensu* can produce consequences in cases investigated and judged within the special procedure of admitting the guilt agreement.

In this matter, the concept of the *plurality function of investigation*, which is demonstrated and resulted from its unavoidable character, when a crime of corruption is committed is still into force. Jurisprudence has stated a unanimous direction in cases of corruption crimes, in respecting provisions adopted both at the European and international level.

The jurisprudence has emphasized that the defendant has had the serious contribution in organizing the criminal group and committing the entire criminal activity³². On the one hand, his contribution is also considered under the circumstance of increasing the danger of the crime committed. On the other hand, the court of law has taken into account his sincere behaviour during the entire criminal proceedings, under the special procedure of admitting the guilt agreement with consequence on the judicial activity of reducing limits of penalty³³.

The defendant has criticized the first instance sentence, which stated the guilt in accordance with the only one piece of evidence, consisting in another defendant's declaration. The main argument was centered around the idea that in criminal case there was no conclusive evidence on establishing guilt beyond any reasonable doubt. Moreover, in his opinion, the documents found during the search procedure do not provide information regarding the amount of money given as bribery to another defendant. This means fairly that, the admittance of guilt given by one defendant, uncorroborated with other means of evidence, cannot conduct automatically to establishing the guilt for another defendant in the same case.

³² HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE OF ROMANIA. *Decision no. 79/A/2018*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on May 21, 2020.

³³ According to the conclusions stipulated in the report of evaluation ordered in the criminal case, the defendant presents a medium-increased risk of committing crimes, having criminal record which does not involve the state of second offense. For this reason, the court of law has decided to convict defendant by imprisonment, adding a proportion of penalty till the maximum regulated by law for the crime committed.

A practical situation is featured by the judicial status of another defendant, who did not agree to sign a guilt agreement with the prosecutor. More particularly, the judicial status involves the incidence of the principle of presumption of innocence³⁴.

Under the above stated circumstances, the Anti-Corruption National Department of Romania has stated that this judicial stage of criminal proceedings means the finalization of criminal investigation, situation which cannot infringe the principle of presumption of innocence³⁵.

The legal solution in this case is one based on the principle of the personality of criminal liability as well as the presumption of innocence.

As a consequence, if some defendants agree to admit the guilt, a guilt agreement will then be signed with each other, without infringing the presumption of innocence for the other defendants who do not sign the guilt agreement³⁶.

4. REFLECTION OF CRIMINAL SCIENCES OVER THE CORRUPTION PHENOMENON

Supporting the fight against corruption crimes, a new concept within the criminal sciences theory has been arisen, which intensifies the role of impartial meaning over the antisocial phenomenon entirely. It is about the social response against criminality, as a reaction to the criminal product itself. Thinking in antithesis with the needs of democratic societies, the role of such reaction may be viewed also from the point of view of the individual's wish to stop antisocial phenomena, which can have as consequence diminishing corruption phenomenon³⁷.

³⁴ BODORONCEA, Georgiana. *Acordul de recunoastere a vinovatiei*. Analele Universitatii Bucuresti, 2014, p. 331.

³⁵ COMMUNICATION no. 1022/VIII/3 of 31 October 2017, COMMUNICATION no. 892/VIII/3 of 15 September 2017 of the Anti-Corruption National Department. Available at: <http://www.pna.ro>.

³⁶ MAGHERESCU, Delia. 2019a, *op. cit.*, p. 43.

³⁷ KUBBE, Ina; ENGELBERT, Annika. Corruption and the impact of democracy. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, p. 175-178, 2018; KOLSTAD, Ivar; WIIG, Arne. Does democracy reduce corruption. *Democratization*, v. 23, n. 7, p. 1198-1215, 2016.

In this context, the social response was synchronized with the judicial imperatives, consisting in carrying out two functions of the judicial system in criminal matters. Both the function of preventing crimes and the one of punishing those who are guilty of having committed them, come to complete the legal framework of solving criminal cases. The corruption crimes are not an exception to this rule, due to the fact that, on the one hand, the judicial bodies are focused on achieving both functions stated above - prevention and punishment - and, on the other hand, the activity of fighting corruption phenomenon supposes the involvement of civil society and its individuals within this approach.

De facto, it is considered that, in missing the individuals' involvement in fighting corruption, in a democratic society it is impossible to discuss about aiming such goal. In other words, an active participation of the whole society, including the judicial bodies, administrative authorities both central and local, NGOs as well as the civil society, citizens who are interested in stopping the corruption phenomenon, is essential.

From these considerations, both functions noticed earlier have a particular importance in this field. Moreover, identifying an answer to the society's need focused on the fight against corruption is impossible to be fulfilled.

Considered as serious crimes by doctrine³⁸, the corruption crimes are featured by an deliberating element, which consists in requiring or receiving by the perpetrator the amount of money or the other undeserved gains, infringing in such manner the legal order, protected through provisions in criminal matters. Thus, the criminal sciences come to clear up the entire constitutive elements of this kind of crimes in order for the practitioners to apply the provisions of criminal procedure law, when they are faced with conflicts of corruption crime.

From the point of view of criminology, releasing factors of the corruption crimes are diversified, coming from theories and versions, provided by either analysts or practitioners in the field. Generally speaking,

³⁸ AMARA, Ines; KHLIF, Hichem. Financial crime, corruption and tax evasion: a cross-country investigation. *Journal of Money Laundering Control*. v. 21, n. 4, p. 545-554, 2018.

the dramatic division of the states' societies deepens the negative effects of the process of developing corruption phenomenon.

The unprecedented development of the serious forms of organized crimes, including the underground economy, develops the corruption phenomenon as well. Moreover, the money laundering and tax evasion phenomena are dangers, which guard the political and administrative corrupt environment³⁹. All these aspects produce negative consequences regarding the state citizens' trust in the competent authorities as well as in the making-decision actors both at the local and national level. On this way, the investment in the economy, as specific parameters of state, is discouraged, which will conclude inevitable in undermining state of law and good governance size, as well as in threatening citizens' fundamental rights, being at present of high interest.

Doctrine has pointed out the concept of endemic corruption, as a perturbing factor of public institutions⁴⁰, which particularly generates inequalities⁴¹. In fact, this kind of corruption supports serious crimes in financial field, trafficking of drugs, arms, persons, or other forms of organized crime. The same is true in cases of corruption which appear most frequently in opposition with the general indicatives of organization and administration of the public area⁴². Equally, the judicial system can be featured by diversified forms of corruption⁴³, which are discovered in some cases and sanctioned in due time. The danger of generalization of this field of activity increases the frequent cases in practice, most of them requiring the rapidity of solving criminal cases.

³⁹ KHLIF, Hichem; AMARA, Ines. Political connections, corruption and tax evasion: a cross-country investigation. *Journal of Financial Crimes*. v. 26, n. 2, p. 401-411, 2019.

⁴⁰ EPSTEIN, Gil S.; GANG, Ira N. Inequality, Good Governance and endemic corruption, *International Tax and Public Finance*, v. 26, p. 999-1017, 2019.

⁴¹ LOLI, Miranda. Self-legitimation patterns in the inequality-corruption nexus. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, p. 241-256, 2018.

⁴² WILLIAMS, Aled; DUPUY, Kendra. Deciding over nature: Corruption and environmental impact assessments. *Environmental Impact Assessment Review*. v. 65, p. 118-124, 2017; KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. Optimal tax administration. *Journal of Public Economics*. v. 152, p. 133-142, 2017.

⁴³ HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE. *Criminal Decision no. 101/A/2019*. Available at: <https://www.scj.ro>. Accessed on May 22, 2020.

The jurisprudence in criminal cases has stated several examples in this matter⁴⁴, providing convictions in the judicial system in cases of corruption crimes. From the point of view of the protection of general interests of society, it could be appreciated that it is the most serious form of corruption, which occurs in the contemporary society. At the moment, the intensified fight at the European and international level, which was established through mechanisms of international judicial cooperation in criminal matters, has made possible the decrease of corruption cases among the civil servants at the domestic level.

5. LEGAL INSTRUMENTS ON FIGHTING CORRUPTION CRIMES

The legal instruments of fighting corruption crimes are juridically regulated, both by the domestic provisions adopted by states, and European and international ones.

International regulations

At the international level, the fight against corruption is still at highest score. In this regard, the United Nations Organization has permanently made efforts to diminishing phenomenon, spread all over the world. A particular attention has been given to developing countries, in which case the UN Organization adopted certain legal instruments of combating corruption crimes⁴⁵.

Monitoring corruption crimes⁴⁶ at the international level is an instrument of achieving best practices in combating phenomenon. As a key factor in progress, it comprises a number of 180 countries, as well as provides information on how each of them measures up in the field. In order to perceive the level of corruption crimes in the public area, a classification has been published, as it will be provided subsequently.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, adopted in New York on 31 October 2003, available online at: <https://www.unodc.org> (accessed on 28 April 2020).

⁴⁶ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2019*. Berlin, 2020, p. 2-3. Available at: www.transparency.org/cpi. Accessed on April 28, 2020.

The ten cleanest countries are scored between zero and one hundred points, being interpreted from highly corrupt to very clean, as it is represented in the Table 1 below.

TABLE 1. Descriptive of the ten cleanest countries in the world

Country	Score	Rank
Denmark	87	1
New Zealand	87	1
Finland	86	3
Singapore	85	4
Sweden	85	4
Switzerland	85	4
Norway	84	7
Netherlands	82	8
Germany	80	9
Luxembourg	80	9

Source: www.transparency.org

It is obvious that in the above stated countries their position on the world classification is proportional to the living standard of citizens as well as to the other criteria established by the International organization. The same organization also provides information on how some countries fight against corruption or no direction taken in this field.

Thus, there are countries where no improvement action has been taken in this direction. In this regard, the highest corrupt indicator was provided for countries, as stated in Table 2 below.

TABLE 2. Representation of the highest corrupt ten countries in the world

Country	Score	Rank
Libya	18	168
Korea, North	17	172
Afghanistan	16	173
Equatorial Guinea	16	173
Sudan	16	173
Venezuela	16	173
Yemen	15	177
Syria	13	178
South Sudan	12	179
Somalia	9	180

Source: www.transparency.org

On the one hand, the criteria of establishing the score for each country has been based on the objective evaluation of public activities of governments and public services as well. On the other hand, a particular view has been focused on the political parties and their involvement both in the public and private sector⁴⁷ and how decision making process influences over the economic power.

In this regard, the international experts on combating and preventing corruption have pointed out that “To end corruption and restore trust in politics, it is imperative to prevent opportunities for

⁴⁷ ALBRECHT, James F. Public and Police Corruption in Eastern Europe. In: GOTTSCHALK, Petter; STANISLAS, Perry (org.). *Public Corruption. Regional and National Perspectives on Procurement Fraud*. Boca Raton: CRC Press, Taylor&Francis Group, 2017, p. 47-71.

political corruption and to foster the integrity of political systems”⁴⁸. Certain recommendations were made, such as:

- (i) Managing conflicts of interest;
- (ii) Controlling financial policy;
- (iii) Strengthening electoral integrity;
- (iv) Eliminating preferential treatment;
- (vi) Authorizing citizens;
- (vii) Reinforcing local control.

Consequently, “governments must urgently address the corrupting role of big money in political party financing and the undue influence it exerts on our political systems” Delia Ferreira Rubio, Chair of the Transparency International said⁴⁹.

The European approach

On the one hand, the Council of Europe has adopted a series of laws having as the main aim fighting corruption. They were ratified by each State Member, transposed in their domestic legal order, as well as implemented in their criminal justice system⁵⁰. The Criminal Law Convention on Corruption is considered as “an ambitious instrument aiming at the co-ordinated criminalisation of a large number of corrupt practices. It also provides for complementary criminal law measures and for improved international co-operation in the prosecution of corruption offences. (...) Its implementation will be monitored by the Group of States against Corruption - GRECO, which started functioning on 1st May 1999. As soon as they ratify it, States which do not already belong to GRECO will automatically become members”⁵¹.

The Convention covers a series of corruption crimes: active and passive bribery of domestic and foreign public officials; active and

⁴⁸ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁹ *Idem*, p. 7.

⁵⁰ CRIMINAL LAW CONVENTION ON CORRUPTION, adopted on 27 January 1999 in Strasbourg. Available at: <https://www.coe.int>. Accessed on April 28, 2020.

⁵¹ *Ibidem*.

passive bribery of national and foreign parliamentarians and of members of international parliamentary assemblies; active and passive bribery in the private sector; active and passive bribery of international civil servants; active and passive bribery of domestic, foreign and international judges and officials of international courts; active and passive trading in influence; money-laundering of proceeds from corruption crimes; accounting crimes (invoices, accounting documents, etc.) connected with corruption.

On the other hand, within the European Union, the most recent legal instrument of fighting crimes that infringe the financial interests of the European Union was launched. It involves also the corruption crimes. In this matter, Directive no. 2019/1937 on reporting the infringement of the European Union law was adopted. It refers to the infringements committed by persons called as “whistleblowers” and who “play a key role in exposing and preventing such breaches and in safeguarding the welfare of society”⁵² as it is stipulated at Article 1 thereof.

For these reasons, the European legislator has set up mechanisms of protecting persons, necessary “not only to prevent and detect procurement-related fraud and corruption in the context of the implementation of the Union budget, but also to tackle insufficient enforcement of rules on public procurement by national contracting authorities and contracting entities in relation to the execution of works, the supply of products or the provision of services”⁵³. The practical areas the EU Directive is involved in are very diversified, from public procurement to financial services, from internal market operations to transport safety, from protection of the environment to nuclear safety, radiation protection, safe management of spent fuel and radioactive waste⁵⁴, from public health to respecting privacy and

⁵² DIRECTIVE (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, published in the Official Journal no. L 305/17 of 26 November 2019. Available at: <https://eur-lex.europa.eu>. Accessed on April 24, 2020.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ MAGHERESCU, Delia. Particularities of the forensic science investigation of transnational serious crimes. *Ius Et Scientia*, v. 5, n. 2, p. 55-75, 2019.

personal data protection⁵⁵, from information systems to prevention of money laundering, a.s.o.

In fact, the Directive offers protection to employees or to those who might be suffered because of the repressive measures against themselves, either direct or indirect produced, such as the suspension, reduction to a lower professional position, obstruction of promotion, diminution of salary, coercion, intimidation, discrimination or any other forms of unfair treatment at the workplace.

Consequently, the Directive imposes obligations regarding both the public authorities and private entities, encouraging persons who know information on illegal activities including corruption acts, and is addressed to the EU Member States in order to harmonize the legislation in the field of combating and preventing any form of corruption crimes⁵⁶.

Domestic regulations

The domestic regulations are basically provisions in criminal matters, as well as special provisions if states have adopted such regulations in the field⁵⁷. There are states that regulate special provisions of criminal procedure law in the field of investigation and judgment of serious offences, including corruption crimes. There are also aggravated criminal procedures, derogatory from the rules of ordinary procedure⁵⁸. These special criminal

⁵⁵ SHEN, Ce; WILLIAMSON, John B. Corruption, democracy, economic freedom, and state strength: A cross-national analysis. *International Journal of Comparative Sociology*, v. 46, n. 4, p. 327–345, 2005.

⁵⁶ MADLOVICS, Balint; MAGYAR, Balint. From petty corruption to criminal state: A critique of the corruption perceptions index as applied to the post-communist region. *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, v. 5, n. 2, p. 103-129, 2019.

⁵⁷ The provisions in criminal matters regulate that the dispositions are stated in purpose to assure exercising efficiently of the judicial bodies' duties under the guarantee of the participants' rights in such a manner to respect the Constitution, the European Union legislation and the treaties on the human fundamental rights, the states are part of.

⁵⁸ It is the case of Croatia and Slovakia, for example. STEPHENSON, Matthew. Specialised anti-corruption courts: Slovakia. Anti-Corruption Resource Centre, U4 Brief, n. 2, 2016; KURIAN, Matej. Recent Slovak Anti-corruption Measures, Bratislava: Transparency International Slovakia, 2012, p. 19–20. Available at: <http://www.transparency.sk>. Accessed on April 30, 2020.

procedures assure the judicial bodies in the fight against the corruption crimes and are based on the principles of criminal procedure law, as well as those of solving criminal cases in a reasonable time.

De iure, the principle that features the special procedure of solving corruption crimes is that of rapidity. It influences positively the result the judicial bodies are awaiting for in such criminal cases.

6. CONCLUSIONS

The phenomenon of corruption cannot be dissociated from the other elements that characterize the fight against criminality, as a general rule, although it has a series of special techniques in criminal matters, which produce consequences in this field. The fundamental principles of the forensic science, along with the new techniques and scientific methods provided by this science, have contributions in the activity of criminal investigation of the corruption crimes, from several points of view.

First of all, the judicial authorities have made significant efforts in fighting corruption by applying the appropriate legal framework.

Secondly, the legislator has been aware of the danger that the entire society faces in cases in which the phenomenon of corruption will be increased in missing efficient control from the law enforcement agencies. In this matter, a more efficient legislative framework was adopted to combat the corruption phenomenon at all levels. Another legal framework, configured at the international level and at the European Union level as well, also completed this scenario.

Last but not least, doctrine has significantly contributed to controlling corruption phenomenon through theorists' involvement in programs and mechanisms conducted within the public institutions, universities and research institutes, which particularly have had a common feature - reducing as much as possible the corruption crimes. In these circumstances, rules of good practices were implemented, the law enforcement agencies should take into account of, during the process of stopping corruption phenomenon. The rules of "first aid" in combating corruption phenomenon have created the opportunity to respond to an older imperative need of the society of fighting corruption, both at the central public institutions level and the local ones too.

Taking into consideration these arguments, it must be highlighted that the corruption crimes are still a macro-social issue, whose evolution depends equally on the competences and duties stated by the judicial bodies in criminal matters and on the citizens' behaviour and solutions adopted by themselves, as well as on their wish to contribute to restarting society.

The pandemic of SARS COV-2 crisis, that the entire world passes, is a good occasion to rethink the trajectory that the individuals will choose during the next period of time. It is considered so, because the social needs come to increase hardy the economic crisis. Concomitantly, the individuals' needs will be rethought in such a manner to lead to a better awareness that the corrupt world is fallen down and it is the moment to look at the future, living in an unvitiated and moral world, strengthened on the principles of rule of law, democracy⁵⁹ and respecting fundamental rights and liberties.

BIBLIOGRAPHY

ALBRECHT, James F. Public and Police Corruption in Eastern Europe. In: GOTTSCHALK, Petter; STANISLAS, Perry (org.). *Public Corruption*. Regional and National Perspectives on Procurement Fraud. Boca Raton: CRC Press, Taylor&Francis Group, 2017.

AMARA, Ines; KHLIF, Hichem. Financial crime, corruption and tax evasion: a cross-country investigation. *Journal of Money Laundering Control*, v. 21, n. 4, 2018, <https://doi.org/10.1108/JMLC-10-2017-0059>

AMZA, Tudor. *Criminologie teoretica*. Bucharest: Lumina Lex, 2000.

BODORONCEA, Georgiana. Acordul de recunoastere a vinovatiei. *Analele Universitatii Bucuresti, Supliment*, 2014.

CIOCLEI, Valerian. *Manual de criminologie*, Eight (ed). Bucharest: C.H. Beck, 2019.

COMMUNICATION no. 238/VIII/ of 15 April 2020, COMMUNICATION no. 236/VIII/3 of 15 April 2020, COMMUNICATION no. 234/VIII/ of 15 April 2020,

⁵⁹ FERRIN, Monica. An empirical assessment of satisfaction with democracy. In: FERRIN, Monica; KRIESI, Hanspeter (org.). *How Europeans view and evaluate democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 283–306.

COMMUNICATION no. 1022/VIII/3 of 31 October 2017, COMMUNICATION no. 892/VIII/3 of 15 September 2017 of the Anti-Corruption National Department. Available at: <http://www.pna.ro>. Accessed on May 26, 2020.

COURT OF LAW OF CRAIOVA. *Decision no. 819 of 6 June 2018*. Available at: <http://www.barouldolj.ro>. Accessed on November 24, 2019.

COURT OF LAW OF ORADEA. *Criminal Decision no. 446 of 2015*. Available at: <https://legeaz.net/spete-penal-curtea-de-apel-oradea-2015/luarea-de-mita-art-289-ncp-19-06-2015-jar>. Accessed on September 2, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 294/A of 24 March 2020 of the Court of Appeal of Bucharest. Available at: <http://www.pna.ro>. Accessed on April 26, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 66 of 3 March 2020 of the High Court of Cassation and Justice. Available at: <http://www.pna.ro>. Accessed on April 26, 2020.

CRIMINAL DECISION no. 201 of 14 February 2020 of the Court of Appeal of Bacau. Available at: <http://www.pna.ro>. Accessed on April 26, 2020.

CRIMINAL LAW CONVENTION ON CORRUPTION, adopted on 27 January 1999 in Strasbourg. Available at: <https://www.coe.int>. Accessed on April 28, 2020.

CRISU, Anastasiu. *Drept procesual penal. Partea speciala*. Bucharest: All Beck, 2005.

DIRECTIVE (EU) 2019/1937 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law, published in the Official Journal of the European Union no. L 305/17 of 26 November 2019. Available at: <https://eur-lex.europa.eu>. Accessed on April 24, 2020.

EPSTEIN, Gil S.; GANG, Ira N. Inequality, Good Governance and endemic corruption. *International Tax and Public Finance*, v. 26, 2019. <https://doi.org/10.1007/s10797-019-09542-z>

FERRIN, Monica. An empirical assessment of satisfaction with democracy. In: FERRIN, Monica; KRIESI, Hanspeter (org.). *How Europeans view and evaluate democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GAMBA, Astrid; IMMORDINO, Giovanni; PICCOLO, Salvatore. Corruption, organized crime and the bright side of subvention of law. *Journal of Public Economics*, v. 159, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2018.02.003>

HIGH COURT OF CASSATION AND JUSTICE OF ROMANIA. Decision no. 443/RC/2019, Decision no. 385/A/2019, Decision no. 381/A/2019, Decision no. 121/A/2019, Decision no. 101/A/2019, Decision no. 79/A/2018. Available at: <http://www.scj.ro>. Accessed on May 21, 2020.

HUDOC. *European Court of Human Rights*. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int>. Accessed on April 28, 2020

KEEN, Michael; SLEMROD, Joel. Optimal tax administration. *Journal of Public Economics*, v. 152, 2017. <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2017.04.006>

KELLENS, Georges. *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*. Faculté de Droit de Liège, 1991.

KHLIF, Hichem; AMARA, Ines. Political connections, corruption and tax evasion: a cross-country investigation. *Journal of Money Laundering Control*, v. 26, n. 2, 2019. <https://doi.org/10.1108/JFC-01-2018-0004>

KOLSTAD, Ivar; WIIG, Arne. Does democracy reduce corruption, *Democratization*, v. 23, n. 7, 2016. <https://doi.org/10.1080/13510347.2015.1071797>

KUBBE, Ina; ENGELBERT, Annika. Corruption and the impact of democracy. *Crime, Law and Social Change*, v. 70, 2018. <https://doi.org/10.1007/s10611-017-9732-0>

KURIAN, Matej. *Recent Slovak Anti-corruption Measures*, Bratislava: Transparency International Slovakia, 2012. Available at: <http://www.transparency.sk>. Accessed on April 30, 2020.

LOLI, Miranda. *Self-legitimation patterns in the inequality-corruption nexus*, *Crime, Law and Social Change*, v. 70, 2018, <https://doi.org/10.1007/s10611-017-9729-8>

MAGHERESCU, Delia. *Recunoasterea vinovatiei si aplicarea pedepsei*. Bucharest: Hamangiu Publishing House, 2019a.

MAGHERESCU, Delia. Particularities of the forensic science investigation of transnational serious crimes. *Ius Et Scientia*, v. 5, n. 2, 2019b, <http://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2019.i02.04>

MADLOVICS, Balint; MAGYAR, Balint. From petty corruption to criminal state: A critique of the corruption perceptions index as applied to the post-communist region. *Intersections. East European Journal of Society and Politics*, v. 5, n. 2, 2019, DOI: 10.17356/ieejsp.v5i2.504.

OANCEA, Ioan. *Probleme de criminologie*. Bucharest: All International, 1998.

PALCU, Pavel. Necesitatea diversificarii regulilor tactice criminalistice aplicabile in cercetarea la fata locului. *Pro Lege*, n. 4, 2018.

POPOVA, Maria; POST, Vincent. Prosecuting high-level corruption in Eastern Europe, *Communist and Post-Communist Studies*. v. 51, 2018. <https://doi.org/10.1016/j.postcomstud.2018.06.004>

SHEN, Ce; WILLIAMSON, John B. Corruption, democracy, economic freedom, and state strength: A cross-national analysis. *International Journal of Comparative Sociology*, v. 46, n. 4, 2005. <https://doi.org/10.1177/0020715205059206>

STANCU, Emilian. *Tratat de Criminalistica*. Bucharest: Universul Juridic, 2015.

STEPHENSON, Matthew. *Specialised anti-corruption courts: Slovakia*, U4 Brief, Anti-Corruption Resource Centre, n. 2, 2016.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2019*. Berlin, 2020. Available at: www.transparency.org/cpi. Accessed on April 22, 2020.

TRIF, Valentin; PETRE, Adrian. Cercetarea locului faptei in cazul constatarii infractiunilor de coruptie. *Curierul Judiciar*, n. 8, 2017.

UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION, adopted on 31 October 2003. Available at: <https://www.unodc.org>. Accessed April 28, 2020.

WILLIAMS, Aled; DUPUY, Kendra. Deciding over nature: Corruption and environmental impact assessments. *Environmental Impact Assessment Review*, v. 65, 2017. <https://doi.org/10.1016/j.eiar.2017.05.002>

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- | | |
|---|----------------------------|
| ▪ Recebido em: 01/06/2020 | Equipe editorial envolvida |
| ▪ Controle preliminar e verificação de plágio: 28/06/2020 | ▪ Editor-chefe: 1 (VGV) |
| ▪ Avaliação 1: 08/07/2020 | ▪ Editor-associado: 1 (RO) |
| ▪ Avaliação 2: 12/07/2020 | ▪ Revisores: 3 |
| ▪ Avaliação 3: 21/07/2020 | |
| ▪ Decisão editorial preliminar: 18/08/2020 | |
| ▪ Retorno rodada de correções: 03/09/2020 | |
| ▪ Decisão editorial final: 21/09/2020 | |
-

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MAGHERESCU, Delia. Criminal Investigation of the Corruption Crimes: Evidence and Procedure in an Interdisciplinary Approach. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1239-1270, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.394>



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

As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias

*The Task Forces of the Federal
Prosecutor Service: the anti-corruption political
discourse in the institution of guarantees*

Antonio Eduardo Ramires Santoro¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, Brasil
Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis/RJ, Brasil
antoniosantoro@antoniosantoro.com.br
 <http://lattes.cnpq.br/9190879263950156>
 <http://orcid.org/0000-0003-4485-844X>

Carolina Cyrillo²

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ, Brasil
Universidade de Buenos Aires - Buenos Aires, Argentina
carolinacyrillo@direito.ufrj.br
 <http://lattes.cnpq.br/0095771869278241>
 <http://orcid.org/0000-0003-2783-8025>

-
- ¹ Pós Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Fundamentais pela Universidade de La Mantanza – Argentina; Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito pela Universidade de Granada – Espanha. Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC. Professor Adjunto do PPGD da UFRJ. Professor Adjunto do PPGD da UCP. Advogado Criminalista.
- ² Doutoranda em Teorias Contemporâneas do Direito pelo PPGD/ UFRJ e em Direito Constitucional pela UBA. Mestre em Direito pela UFSC. Professora de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade Nacional de Direito – FND/ UFRJ e Docente de Elementos de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA). Advogada.

RESUMO: No presente trabalho investigou-se de que modo o discurso punitivo anticorrupção, que ensejou a formação de forças-tarefa do Ministério Público Federal, tem o potencial de comprometer a função normativa constitucional do Ministério Público como instituição de garantia. A hipótese original é a de que as forças-tarefas ensejam um conflito entre os esforços para persecução da corrupção e os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Por conta disso, apresentam potencial de instrumentalização política, comprometendo a vocação constitucional do Ministério Público. A investigação será normativa e crítica. A metodologia será a da abordagem teórica, numa perspectiva hipotético dedutiva e terá fontes bibliográficas, mas também documentais produzidas pelo próprio Ministério Público Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; forças-tarefas; corrupção.

ABSTRACT: *In this work we investigated how the punitive anti-corruption discourse, which fostered the formation of task forces of the Federal Brazilian Agency for Law Enforcement and Prosecution of Crimes (Federal Prosecution Service), has the potential to compromise the constitutional normative function of this Agency as an institution of guarantees. The original hypothesis is that the task forces bring about a conflict between the efforts to pursue corruption and the fundamental rights established by the Constitution. Because of this, they present potential for political instrumentalization, compromising the constitutional vocation of the Brazilian Agency for Law Enforcement and Prosecution of Crimes. The investigation will be normative and critical. The methodology will be the theoretical approach, from a hypothetical deductive perspective and will have bibliographic sources, but also documentary produced by the Federal Brazilian Agency for Law Enforcement and Prosecution of Crimes (Federal Prosecution Service).*

KEYWORDS: *Federal Prosecution Service; task forces; corruption.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Um novo Ministério Público com dupla institucionalidade: titular a ação penal e defensor do povo; 2. A constitucionalização do político: uma crítica a subtração do poder; 3. A luta contra a corrupção: a convergência discursiva de funções antagônicas; 4. Mais poderes, menos controle; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova institucionalidade para o Ministério Público, mudando radicalmente suas funções precípua de atuação, efetuando, normativamente, o deslocamento de suas atribuições dando-lhe autonomia e poder. Também houve o fortalecimento da independência da instituição em relação aos poderes constituídos, assim entendidos os três poderes, executivo, legislativo e judiciário independentes e harmônicos entre si na forma do art. 2º da CF. A Constituição Federal brindou, ainda, seus membros de prerrogativas funcionais para não lhes sujeitar subordinação a nenhum interesse constituído, justamente para permitir o avanço do papel do Ministério Público como instituição de defesa dos direitos humanos e da democracia.

Essa importante modificação institucional produzida pela Constituição Federal de 1988, balizada pelo comando normativo constitucional, merece ser investigada de forma crítica e com uma abordagem que permita mapear sua atuação desde então, em especial no que diz respeito à sua função institucional prevista no art. 129, II, da Constituição Federal, ou seja, a obrigação de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia e contradição dessa função, com aquela preconizada no art. 129, I, da Constituição de dotar ao Ministério Público a titularidade da ação penal e a consequente necessidade de instrumentalização, através de ações e medidas do discurso punitivo do Estado, ou persecução penal.

Analisar se a função do Ministério Público de assegurar e zelar pelos direitos fundamentais, como defensor do povo, é compatível com a sua outra função institucional de ser o titular da ação penal pública, prevista no art. 129, I, da Constituição Federal, é tarefa complexa e precisa ser inserida no contexto da atuação da instituição nos anos que se seguiram a 05 de outubro de 1988, uma vez que a conformação de uma única instituição com essas duas características é experiência peculiar do modelo constitucional brasileiro, pós 1988 .

É fundamental refletir de que modo se pode, no contexto normativo constitucional, impor o devido controle social à atividade institucional do Ministério Público, em especial quando essa instituição de poder

exerce a função de defensor do povo e da democracia, todavia violando a proteção de direitos humanos, através do uso do discurso punitivo, notadamente no que diz respeito ao combate à corrupção, transformando a defesa dos direitos humanos e respeito às garantias dos cidadãos, em discurso de proteção do crime contra a sociedade.

A atuação do Ministério Público, amparada nesse discurso de proteção da sociedade, foi estendida no âmbito processual penal para além de suas funções acusatórias de titular privativo da ação penal. Três décadas após a nova configuração constitucional do Ministério Público ter se estabelecido, a instituição assumiu também funções investigativas, que terminaram por criar as chamadas Forças-Tarefas, para instrumentalizar a persecução criminal, dando a elas apoio e prioridade institucional.

O problema de pesquisa que se pretende investigar é: seriam as Forças-Tarefas instrumentos legítimos de investigação diante das garantias constitucionais? Secundariamente, há uma instrumentalização política das Forças-Tarefas na investigação dos crimes de corrupção?

A hipótese original com a qual se trabalhará será a de que as Forças-Tarefas ensejam um conflito entre os esforços para persecução da corrupção e os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Por conta disso, apresentam potencial de instrumentalização política, especialmente a depender de sua regulamentação, o que pode comprometer a vocação normativa do Ministério Público como instituição de garantias, de defesa da democracia e dos direitos humanos.

A investigação será normativa e crítica. E se concentrará na abordagem exclusivamente da questão junto ao Ministério Público Federal. A metodologia será a da abordagem teórica, numa perspectiva hipotético dedutiva, terá fontes bibliográficas e documentais produzidas pelo próprio Ministério Público Federal, em especial os relatórios de transparência institucional e dados estatísticos da instituição constantes do portal <http://www.transparencia.mpf.mp.br/>³ e o Manual de Atuação sobre as Forças-Tarefas da Escola Superior do Ministério Público da União, desenvolvido em 2011, por Januário Paludo, Carlos Fernando dos Santos Lima

³ A integralidade dos relatórios está disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/estudos-e-levantamentos-estatisticos-da-atuacao>> Acesso em 12 set. 2020.

e Vladimir Aras, sob a coordenação do primeiro. Não se trata de uma investigação sobre a atuação das Forças-Tarefas do Ministério Público Federal, mas sobre documentos oficiais institucionais.

1. UM NOVO MINISTÉRIO PÚBLICO COM DUPLA INSTITUCIONALIDADE: TITULAR DA AÇÃO PENAL E DEFENSOR DO POVO.

A Constituição Federal de 1988 ampliou enormemente as competências e atribuições do Ministério Público, modificou fortemente sua estrutura e lhe atribuiu uma nova institucionalidade.

Sob a égide da Constituição de 1967 o Ministério Público compunha o Poder Judiciário, na forma do art. 137 daquela Carta. Não dispunha a referida norma, qual seria o papel do Ministério Público, relegando à lei infraconstitucional a sua organização. Com a Emenda Constitucional nº 1/69 o Ministério Público passou a ser parte do Poder Executivo, na forma no então novo art. 94, mantendo-se a redação de delegar à lei a organização da instituição e suas competências⁴.

O Ministério Público além da titularidade da ação penal desempenhava a função de advogado da coisa pública, com atribuição de defender a União em juízo na função de advogado público.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 40 de 1981, institucionalizou o Ministério Público com a função de ser o promotor da ação penal pública e da ação civil pública. Ainda na década de 1980, a Lei nº 7347/85, Lei da ação civil pública, disciplinou e ampliou, consideravelmente, as atribuições do Ministério Público ao lhe atribuir competências para tutelar os interesses difusos e coletivos e lhe deu legitimidade processual para tanto.

⁴ Dentre as primeiras reformas da Constituição de 1946, já sob o regime militar após o golpe de 1964, está a emenda constitucional n. 16/65 que estabeleceu uma importante competência constitucional ao Procurador Geral da República que foi a de ser o único legitimado para a propositura da representação de inconstitucionalidade de lei. Nitidamente o propósito dessa norma era tirar do congresso a palavra final sobre a normatividade das políticas públicas e dos direitos, uma vez que o art.126 da Constituição 1946 impunha que a nomeação do Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público, seria feita pelo Presidente da República e que a exoneração do cargo poderia ser feita *ad nutum*.

Entretanto, foram os debates sobre a necessidade de fortalecimento das instituições democráticas na Assembleia Nacional Constituinte⁵ que impulsionaram a radical modificação das competências e da institucionalidade do Ministério Público.

Num primeiro momento, o anteprojeto apresentado pela comissão chefiada por Afonso Arinos de Mello Franco propôs o retorno da institucionalidade do Ministério Público a uma parte do poder judiciário, nos moldes da fórmula original da Constituição de 1967, antes da Emenda Constitucional nº 1/69. Nos debates constituintes, no entanto, ganhou força a tese que prevaleceu no texto, de que o Ministério Público deveria se dissociar radicalmente dos três poderes constituídos (Judiciário, executivo e legislativo) deveria deixar de ser órgão auxiliar dos poderes e deveria exercer funções e atribuições para fiscalização da execução das leis, para sobrevivência das instituições democráticas e controle do exercício dos poderes.

Para isso, a primeira medida tomada foi criar a Advocacia Geral da União com obrigações de defesa em juízo da União, liberando o Ministério Público dessa função.

Como segunda medida deu-se status constitucional às funções da instituição, remodelando sua institucionalidade, para criar um Ministério Público, autônomo e independente, com competências criadas pela Constituição (e não por mera lei) cumulando a sua titularidade da ação penal pública (art. 129, I) com a função de controlador dos poderes públicos para proteção do patrimônio público e social, o meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Ganhou, o Ministério Público, verdadeira atribuição de ser o grande defensor do povo⁶.

Em outras palavras, a Constituição Federal modificou radicalmente o status do Ministério Público e criou-lhe institucionalmente uma dualidade, a saber, a de zelar pela coisa pública, pela democracia

⁵ As informações aqui constantes são retiradas do amplo debate da Assembleia Nacional Constituinte em torno da institucionalização do Ministério Público constantes das atas da assembleia. Disponíveis em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp

⁶ MAZZILLI, Hugo N. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1991, p.113.

e direitos humanos e ao mesmo tempo impulsionar as medidas punitivas e repressivas.

Se de um lado a vocação histórico institucional do Ministério Público para perseguir com vistas à punição de um delito se mantém, de outro lado, parece que a Constituição Federal quis que o Ministério Público abrisse outra frente de atuação, não repressiva e punitiva, mas de controle e fiscalização, para que os delitos contra o patrimônio, o ambiente e os direitos difusos e coletivos não venham sequer a ocorrer. É o Ministério Público como garante ou defensor, o responsável por proteger patrimônio, meio ambiente e direitos coletivos e difusos da atuação potencialmente danosa, quer dos particulares quer dos poderes públicos. Portanto, o Ministério Público constitucional representa uma instituição de garantia dos direitos fundamentais, garante a tutela destes, quando ocorrem as disfunções políticas por parte dos Poderes⁷.

Assim, além das tradicionais funções acusatórias, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a possibilidade de manejar ações para a tutela dos direitos fundamentais e, em particular, dos direitos sociais, bem como dos interesses públicos e dos bens constitucionais violados pelos próprios poderes públicos, ampliando consideravelmente suas funções.

Portanto, o Ministério Público atua como uma instituição independente, autônoma e especializada de garantia dos direitos, da ordem jurídica e do regime democrático, justamente por isso, a doutrina defende, segundo os dizeres de Hermes Zanetti Júnior⁸, que o Ministério Público é um “órgão autônomo de tutela do interesse público”.

Portanto, a Constituição Federal de 1988 localiza e empodera o Ministério Público, como grande função essencial à administração da justiça, destinando a ele um papel de controle jurídico e técnico das atividades de condução da política exercida pelos poderes políticos constituídos

⁷ ZANETTI, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: A Atuação Orientadora das Corregedorias do Ministério Público*, volume II/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017, p. 107 e ss.

⁸ ZANETTI, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: A Atuação Orientadora das Corregedorias do Ministério Público*, volume II/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017, p. 113.

(executivo, como administração pública, legislativo e judiciário), tornando o Ministério Público brasileiro uma verdadeira instituição de garantia⁹.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO POLÍTICO: UMA CRÍTICA À SUBTRAÇÃO DO PODER

O processo de constitucionalização do político aparece na doutrina norte-americana, onde o Estado nasce com a Constituição¹⁰. Esse processo é conhecido na doutrina do constitucionalismo como paradoxo da democracia constitucional liberal¹¹. Esse paradoxo se constitui, porque, democracia significa autogoverno do povo, isto é, o poder que tem o povo de estabelecer as normas da organização política sob as quais recaem suas opções fundamentais. Do produto dessas decisões políticas fundamentais se extrai a Constituição, como norma base do sistema jurídico, que controla o exercício dos poderes e a produção das demais normas do sistema¹².

Portanto, é o produto da democracia, isto é, a Constituição quem acaba por impor limites jurídicos às decisões democráticas do povo ao estabelecer os procedimentos e limites jurídicos ao exercício da democracia do povo. Nesse sentido, o constitucionalismo se funda na ideia de que a Constituição, como salvaguarda dos princípios fundadores, vincula as gerações futuras, inclusive em relação ao exercício do poder democrático¹³.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Para um Ministério Público como instituição de garantia*. Revista do Ministério Público. 153: janeiro a março de 2018. P. 09.

¹⁰ Aqui apresenta-se o conceito de constituição de Thomas Paine que é o senso comum de todo constitucionalismo moderno a partir da famosa frase de Paine “in America the law is King”, estudada por todos os autores de direito constitucional.

¹¹ HOLMES, Precommitment and the paradox of democracy. In *Passions and Constraints*. Chicago: University of Chicago Press, 1995 p. 150.

¹² FERRAJOLI, Luigi. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014 p.79.

¹³ HOLMES, Precommitment and the paradox of democracy. In *Passions and Constraints*. Chicago: University of Chicago Press, 1995 p. 150.

No entanto, essa possibilidade de auto vinculação e de restrição da vontade majoritária das gerações futuras é contestável se vista desde a perspectiva da teoria da democracia, em especial se tomadas as versões procedimentais ou majoritárias de democracia, ou seja, toda e qualquer pretensão de controlar a decisão tomada pelo procedimento democrático que extrapole os próprios requisitos mínimos para o funcionamento da democracia seria injustificável¹⁴.

O caráter político da Constituição é reduzido a uma instância jurídica como forma de extensão ideológica do liberalismo político¹⁵.

Assim, o conteúdo político da Constituição se comprime e se transforma em um conteúdo jurídico. O conteúdo político da Constituição se transforma em uma interpretação de regras jurídicas convencionais e isso dá ensejo a um enraizamento corporativo da linguagem constitucional, de modo que apenas os juristas podem operar dentro do conteúdo político, que é capturado pelo discurso do jurídico¹⁶.

Tal modelo garante um absoluto controle social e político sobre as zonas de conflito que são indiscutíveis e sobre as bases empíricas do discurso constitucional. Essa transformação do conteúdo político em conteúdo jurídico evita a interação política e frustra as formações populares, o que inviabiliza a democracia, já que criptografa a linguagem, de modo que as decisões políticas fundamentais através de uma linguagem constitucional se tornam acessível apenas aos titulares do conhecimento jurídico¹⁷.

¹⁴ Essa é a concepção de Thomas Jefferson desenvolvida por toda doutrina do constitucionalismo para fazer a crítica democrática do constitucionalismo liberal. Essa visão jeffersoniana é analisada de forma contemporânea por todos os autores que trabalham o direito constitucional contemporâneo como John Hart Ely, Jeremy Waldron, Richard Bellamy, Larry Kramer, John Elster, Richard Dahl. No Brasil, por todos VIEIRA. Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, em especial nas páginas 21 e seguintes,

¹⁵ SCHMITT Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 42.

¹⁶ KRAMER, Larry. *The people themselves*. Oxford: Oxford University Press, 2004. (Kindle)

¹⁷ MÉNDEZ HINCAPIÉ, Gabriel y SANÍN RESTREPO, Ricardo. “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, UASLP-UAA-US, no. 8, julio – diciembre 2012, p. 118.

O primeiro propósito dessa criptografia é a dissimulação e subtração de todas as dimensões de poder, pois, as manifestações sensíveis de poder são ininteligíveis e indecifráveis para todos aqueles que não compartilham o conhecimento da linguagem de tomada de decisão e as chaves da criptografia, que se tornam eminentemente jurídicas. E, nesse sentido, se verifica a constitucionalização do político, entregando o manejo do poder não mais ao povo, mas aos titulares do conhecimento técnico jurídico¹⁸.

Numa certa medida é isso que ocorre ao se transferir a um ator jurídico, isto é, ao Ministério Público, o controle jurídico da atividade política, disfarçado na conformação normativo constitucional de um Ministério Público como instituição de garantias dos direitos fundamentais. Veja-se que através do discurso jurídico criptografado várias são as manifestações de membros do ministério público de modo a dar suporte ao discurso da impunidade, da morosidade e do clamor social para dar publicidade à pauta da expansão do discurso punitivo ou de pautas de interesse da instituição, como a aprovação de instrumentos de justiça negocial¹⁹.

Assim, é cediço que o controle político pelo jurídico feito pelo Ministério Público também pode se dar pela atribuição do inciso I, do artigo 129, da Constituição que estabelece o Ministério Público como titular da ação penal pública. Essa função persecutória e punitiva típica do direito penal é, por vezes, utilizada como controle pelo direito penal das políticas, quer a atividade política, quer as políticas públicas e dos grupos a elas destinado. Não se deve deixar de lembrar as críticas sobre o uso do direito penal da emergência ou processo penal de emergência, para caracterizar as práticas punitivas crescentes e violadoras de uma legalidade²⁰.

¹⁸ MÉNDEZ HINCAPIÉ, Gabriel y SANÍN RESTREPO, Ricardo. “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, UASLP-UAA-US, no. 8, julio – diciembre 2012, p. 119.

¹⁹ MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negocial”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. p. 33.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p.650 e ss.

Ou, de modo mais estrutural, no uso dessa importante instituição jurídica para pôr em prática uma espécie de plano de ação que translada a atores jurídico-políticos, no caso o Ministério Público, uma política de soberania baseada na decisão do uso do poder de dizer quem deve morrer e quem deve viver, naquilo que ficou amplamente conhecida como a teoria de Achille Mbembe da *necropolítica*²¹.

E nesse sentido, ao conjugarmos a técnica da atribuição do poder de decisão de vida e de morte de quem deve estar enquadrado como sujeito do direito penal, com a criptografia jurídica das categorias políticas fundamentais é possível dizer que, escondida na roupagem da democracia constitucional e numa institucionalidade nova, é necessário discutirmos que modelo de instituição de garantias o Ministério Público se constituiu, ao longo desses anos de remodelagem que ocorreram a partir da Constituição de 1988.

Dito isso, é importante verificar que se trata de uma instituição dotada de uma extensa e complexa série de atribuições que não se restringe ao órgão da acusação penal pública. O art. 129 da Constituição lhe atribui série de funções institucionais relevantes, a saber: a) o exercício da ação penal; b) a promoção do respeito dos direitos dos cidadãos, por meio de uma espécie de controle da atividade da Administração Pública; c) a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (como os direitos dos consumidores, das minorias e etc); d) as ações do controle de constitucionalidade; e) a defesa dos direitos e dos interesses das populações indígenas; f) o controle externo da atividade policial, etc. Assim, essa complexa estrutura organizativa para dar conta de suas atribuições constitucionais de cuidar de diversas frentes, que vão desde meio ambiente e o patrimônio público, dos direitos dos indígenas e, principalmente, a instituição e organização de forças-tarefas para combate da criminalidade.

Trata-se, em suma, de uma instituição vocacionada para ser uma instituição de garantia de direitos fundamentais: uma instituição de garantia, precisamente, dos direitos sociais e do estado social de direito

²¹ MBEMBE, Achille. *Necropolitics*. Public Culture, Volume 15, Number 1, Winter 2003, p. 71.

da democracia. Essa vocação é a sua parametrização normativa constitucional, fruto da nova institucionalidade constitucional.

Entretanto, pode-se identificar que o Ministério Público ao investir no discurso punitivo como carro chefe de sua atuação, em especial no discurso de combate à corrupção, desafia a função institucional prevista no art. 129, II, da Constituição de ser defensor do povo e se converte em ator político do discurso punitivo em combate a todos os cânones do constitucionalismo liberal garantista, numa democracia constitucional.

Essa configuração de um “*agente político da lei*”²² para analisar os problemas surgidos pela ampliação da institucionalidade do Ministério Público é devidamente investigada, já há muito tempo, pela ciência política, em especial pela pesquisa empírica de Rogério Bastos Arantes, que comprova, já na metade dos anos 90 e início dos anos 2000, a vocação política da instituição. Arantes, em recente artigo de opinião questiona sobre a “jabuticaba” que se tornou a instituição e a necessidade de repensar, em termos institucionais, quem irá cuidar do “barraco” que se tornou o Ministério Público²³.

O exemplo claro dessa patologia de conflito institucional aparece quando a instituição quer se ver reconhecida pela população pelo seu discurso punitivo, como o das mega operações criminais ou quando seus membros produzem manifestos de cunho político para “alertar” a população sobre a necessidade de se incorporar no discurso político chamado populismo penal²⁴. Também é um sintoma desse conflito quando a instituição faz campanhas publicitárias para pressionar os poderes políticos com suas pautas de combate a corrupção. Veja-se aqui como

²² ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público e Política no Brasil. São Paulo: Editora Sumaré, 2002. P.301.

²³ ARANTES, Rogério Bastos. Quem vai cuidar da jabuticaba que virou barraco?. Época on line, 07.08.2019. disponível em <<https://epoca.globo.com/rogerio-arantes/coluna-quem-vai-cuidar-da-jabuticaba-que-virou-barraco-23861102>> Acesso em 31 de julho de 2020.

²⁴ Sobre populismo penal, por todos: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. Os sentidos do populismo penal: Uma análise para além da condenação ética. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 248, dez. 2017.

exemplo a campanha institucional das “dez medidas contra corrupção”, que possui um site de divulgação de propaganda institucional, hospedado no domínio oficial do MPF, inclusive com venda de material publicitário em apoio a campanha²⁵.

Também chama bastante atenção que a prioridade institucional do Ministério Público Federal, exposta em vários de seus documentos internos e de transparência institucional, é exclusivamente o combate a corrupção²⁶. Os documentos produzidos pela própria instituição revelam a tendência a priorizar o discurso anticorrupção como carro chefe de atuação. O Ministério Público Federal conta com um portal de transparência²⁷ e nos relatórios de resultados do Procurador-Geral da República, que versam sobre estatísticas, transparência, profissionalismo e efetividade, constantes do portal, é possível verificar que a partir do ano de 2013, até o último relatório apresentado que é de 2017, a prioridade institucional do Ministério Público Federal é o combate a corrupção, inclusive, através do uso de campanha em redes sociais com a hashtag corrupção não (#corrupcaonao).

O relatório de transparência de 2011/2013²⁸ dá como prioridade institucional a governança aplicada ao setor público baseado na eficiência, *accountability*, transparência e probidade. Afirmar a necessidade do planejamento estratégico do MPF e ressaltar que a grande estratégia de afirmação da instituição é apresentar o planejamento para o período compreendido entre 2011 e 2020. Por sua vez, nos objetivos do Planejamento Estratégico

²⁵ Disponível em <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br>.

²⁶ Brasil, Ministério Público Federal. Relatório de resultados do Ministério Público Federal: 2013 / 2015: *diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade* / coordenação Lauro Pinto Cardoso Neto. – Brasília: MPF, 2015, p. 18.

²⁷ No portal da transparência podem ser consultados todos os dados públicos e estatísticos de atual institucional do MPF. Nesse portal são publicados os relatórios de gestão da instituição e suas prioridades institucionais. Os dados podem ser conferidos em <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/estudos-e-levantamentos-estatisticos-da-atuacao>

²⁸ BRASIL, Ministério Público Federal. Governança, gestão, inovação e resultados: biênio 2011- 2013. – Brasília: MPF, 2013. P. 21. Disponível em < http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/pdf/relatorio_de_gestao_bienio_2011_2013.pdf > . Acesso em 30.07.2020.

Institucional²⁹, no número de 25, estabelece o fortalecimento de todas as funções institucionais, normativo constitucionais, do MPF. Existe no objetivo n. 18 uma intenção para atuação institucional de “Fortalecer e desenvolver o exercício do poder investigatório, aprimorando, inclusive, o controle externo da atividade policial. O MPF deve se tornar sujeito ativo da definição de suas prioridades de atuação, instaurando e conduzindo procedimentos investigatórios”, o que, normativamente é contestável como atribuição constitucional do Ministério Público.

Entretanto, a partir do relatório de transparência institucional de 2013/2015³⁰, seguido pelos relatórios de transparência de 2015/2016³¹ e 2015/2017³², percebe-se uma mudança radical da prioridade institucional do MPF para estabelecer que o combate a corrupção, a operação lava a jato e as dez medidas contra corrupção compõem as prioridades institucionais máximas do MPF, ainda que no planejamento estratégico essas atividades não tenham ganhado nenhum destaque, de modo prevalente em relação aos demais objetivos institucionais. De fato, o combate a corrupção é o objetivo institucional n. 21, que diz, sucintamente, “combate à

²⁹ Os objetivos do Planejamento Estratégico Institucional para o MPF para o período de 2011 a 2020 encontra-se disponível em < <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-institucional-2011-2020/objetivos-estrategicos-separados-por-perspectivas.pdf>> . Acesso em 30.07.2020.

³⁰ BRASIL, Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Ministério Público Federal: 2013 / 2015: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade*. Brasília: MPF, 2015. Disponível em http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/pdf/002_15_relatorio_de_resultados_final_online-compressed.pdf. Acesso em 30.07.2020.

³¹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Procurador-Geral da República: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade: 2015-2016*. Brasília: MPF, 2016 disponível em <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/pdf/RelatoriodeResultadosdoPGR_20152016.pdf>. Acesso em 30.07.2020.

³² BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Procurador-Geral da República: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade: 2015-2017*. Brasília: MPF, 2017. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacao-do-mpf/sobre/publicacoes/pdf/relatorio-gestao-pgr-2015-2017.pdf>. Acesso em 30.07.2020.

criminalidade e à corrupção, assegurar, na defesa da sociedade, a apuração e a persecução célere e eficaz dos ilícitos penais e dos atos de improbidade administrativa, reduzindo a impunidade e a incidência de condutas criminosas e ímprobas”³³, não fazendo qualquer referência a operação Lava a Jato, por exemplo, e que ganha alta prioridade institucional no período que vai de 2013 até 2017, último relatório de transparência e estatística institucional disponível no portal, na data da última consulta ocorrida em 30 de julho de 2020.

Além disso, no relatório de gestão apresentado ao Tribunal de Contas da União, com a prestação de contas anual da instituição para o ano de 2015, também se verifica a mesma prioridade institucional que nos documentos de transparência, quando, já na introdução se verifica³⁴:

“O presente relatório destaca o avanço do Ministério Público Federal (MPF) no combate à corrupção e na profissionalização da sua gestão, com o amadurecimento das metodologias de gerenciamento de projetos e de redesenho dos seus processos de trabalho. Em 2015, foram mais de 25 milhões investidos em 27 projetos administrativos e 48 finalísticos, que contaram com a participação de 321 membros do MPF e 588 servidores. O trabalho contra a corrupção foi intensivo. Somente com a Força-Tarefa da Lava Jato retornaram, até setembro de 2015, cerca de R\$ 2 bilhões à sociedade brasileira, além do bloqueio de mais de 400 milhões de francos suíços, fruto da cooperação internacional relativa ao caso. Cada investimento no MPF, seja na área criminal, seja na área cível, tem retornado como resultados à sociedade. Destaca-se ainda a unidade dos ministérios públicos do Brasil e de países iberoamericanos em torno da campanha #CORRUPÇÃO NÃO, coordenados pelo Procurador-Geral da República”.

Portanto, dos documentos produzidos pela própria instituição, para efeitos discursivos, o Ministério Público Federal não quer se

³³ A referência normativa do Planejamento estratégico institucional são as Portarias PGR/MPF nº 687, de 20/12/2011 e Portaria PGR/MPF nº 687, de 20/12/2011.

³⁴ O Relatório encontra-se em <http://www.transparencia.mpf.mp.br/transparencia/conteudo/execucao-orcamentaria-e-financeira/prestacao-de-contas-anual/2015/relatorio-de-gestao-mpf_2015.pdf> Acesso em 30.07.2020.

apresentar como uma instituição de garantias dos direitos fundamentais, de controle e de manutenção do Estado Democrático de Direito, como parece ser sua nova vocação normativo constitucional, no desenho feito pela Constituição de 1988, mas como sendo uma agência pública de combate à corrupção e de persecução penal³⁵.

Assim, quando os atores públicos que recebem atribuição constitucional de garantidores dos direitos do povo, dos direitos fundamentais e da democracia desviam a função para chamar a população a aderir a um discurso punitivo, por vezes, violador dos direitos fundamentais constitucionais e convencionais, o que se tem é uma ruptura das garantias da Constituição operadas, não pelos agentes criminosos ou por outros atores sociais, mas pelos próprios agentes públicos empoderados constitucionalmente e pertencentes a uma instituição de garantias como o Ministério Público³⁶.

Portanto, peças publicitária institucionais no Ministério Público Federal, como se vê da página que vende camisetas das medidas anticorrupção, contratação de assessoria de imprensa para comunicação na mídia sobre as mega operações criminais protagonizadas pelos membros do Ministério Público ou o “manifesto anti-bandidolatria”³⁷, são facetas institucionais de um ministério público que abriu mão da democracia constitucional garantistas e, portanto, de suas funções normativamente delineadas³⁸.

³⁵ Do manual de Traduções oficiais do MPF, conforme Portaria PGR/MPF nº 618, se vê que a indicação de tradução da instituição “Ministério Público Federal” para inglês é *Federal Prosecution Service*, que literalmente é serviço de acusação, aqui optou-se por utilizar a expressão *Law Enforcement and Prosecution of Crimes (Federal Prosecution Service)* para significar Ministério Público Federal, justamente porque o objetivo é apresentar o compromisso normativo da parametrização da institucionalidade constitucional pós 1988, onde o ministério público não é mais apenas um ministério Público de persecução criminal, mas a instituição de defensor do povo e da democracia. Esse é justamente o objeto da presente pesquisa.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. Para um Ministério Público como instituição de garantia. *Revista do Ministério Público*. 153: janeiro a março de 2018. P. 26.

³⁷ O manifesto circula em vários sites pelas redes sociais, sua íntegra pode ser consultada em <https://www.defesamet.com.br/ghbr/noticia/26662/Manifesto-contra-a-BANDIDOLATRIA-/>

³⁸ Alerta Marcos Alan Gomes sobre o papel da mídia, da informação e da comunicação na construção da realidade social. Em *Mídia e Sistema Penal: as*

Além disso, é essencial analisar os documentos institucionais que configuram orientações para as práticas institucionais, para além do discurso à população. Parte dessas orientações institucionais que indicam a prevalência da função penal, em detrimento da função de defensor do povo e da democracia, é a organização do Ministério Público, sobretudo o federal, em forças-tarefa de atuação, baseadas na instrumentalização prática institucional do discurso de combate a corrupção.

3. A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO: A CONVERGÊNCIA DISCURSIVA DE FUNÇÕES ANTAGÔNICAS

Para além dos poderes de defensor do povo e de titular da ação penal pública, a luta contra a corrupção foi um discurso de que se utilizou o Ministério Público, sobretudo o federal, para atrair para si mais funções do que a própria Constituição outorgou.

Fundado nos instrumentos internacionais conhecidos, como Convenção de Palermo e Convenção de Mérida, bem como nas experiências de investigação por grupos de instituições internacionais e nacionais, a Escola Superior do Ministério Público da União, criou em 2011 o Manual de Atuação sobre as Forças-Tarefas, por Januário Paludo, Carlos Fernando dos Santos Lima e Vladimir Aras, sob a coordenação do primeiro.

O Manual indica o objetivo claro de servir de pauta de atuação e sugestão normativa para as investigações “do crime organizado e de delitos de alta complexidade, bem como de atos de improbidade administrativa”³⁹.

Com base na Convenção de Palermo, aderida ao ordenamento nacional pelo Decreto nº 5.015/2004, convenção das nações unidas contra o crime organizado, que também tratava do combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, bem como na Convenção de Mérida, aderida ao ordenamento nacional pelo Decreto nº 5.687/2006, convenção das

distorções da criminalização nos meios de comunicação. GOMES, Marcus Allan. *Mídia e sistema penal: as distorções nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015 p. 62.

³⁹ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 19

nações unidas contra a corrupção, os autores do Manual propõem medidas que empoderam o Ministério Público para além do que dispôs o art. 129 da Constituição.

Importante destacar que nem a Convenção de Palermo e nem a Convenção de Mérida são instrumentos internacionais com status constitucional, capazes de agregar funções institucionais de hierarquia constitucional ao Ministério Público e, também, há que se levar em conta que a força normativa equivalente a lei, dos referidos instrumentos normativos, também é contestável sob o ponto de vista da reserva de legalidade estrita⁴⁰.

Por sua vez, de acordo com o art. 19 da Convenção de Palermo, reproduzido no art. 49 da Convenção de Mérida, os estados partes deverão possibilitar investigações conjuntas e, no caso de inexistência de acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigação conjunta.

Ainda, o art. 20 da Convenção de Palermo, reproduzido no art. 50 da Convenção de Mérida, estabeleceram que cada estado parte, na medida em que lhe permitam os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico, criassem técnicas especiais de investigação como a vigilância eletrônica e de outras índoles, e operações secretas, bem como adotarem regras que autorizem a admissibilidade dessas provas perante os tribunais⁴¹.

O art. 26 da Convenção de Palermo e o art. 37 da Convenção de Mérida, desta vez não de forma idêntica, estabelecem que os estados partes tomarão medidas para que as pessoas que tenham tomado parte dos delitos cooperem com as autoridades competentes, com fins investigatórios e probatórios.

⁴⁰ CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. Os quatro modelos da posição hierárquica do direito internacional dos direitos humanos nas constituições dos países da América do Sul. In: NASCIMENTO, Valéria Ribas e SALDANHA, Jania Maria Lopes. *Os Direitos Humanos e o constitucionalismo: espectros da DUDH e da Constituição da república Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. E BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121835. Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Melo. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 23.11.2015.

⁴¹ Essas atividades acabaram basicamente sendo aderidas ao ordenamento nacional pela Lei nº 12.850/2013, inclusive sendo acrescentada a infiltração virtual de agentes pela Lei nº 13.964/2019.

Diante dessa base normativa internacional, os autores do Manual apresentaram um histórico sobre as Forças-Tarefas. Primeiramente identificaram a expressão com o uso militar que dele se faz, a partir do primeiro conceito da marinha estadunidense⁴².

Seguem, inspirando-se na experiência estadunidense e italiana, para reforçar que o uso da expressão Força-Tarefa se vulgarizou. Todavia, passou a ser usado como “conceito operacional que implica a mobilização de meios de mais de um órgão público, que se articulam para atingir metas submetidas a planejamento estratégico” e passou a ser considerado como meio mais efetivo de combate às organizações criminosas⁴³.

Dedicaram boa parte do trabalho a justificar o uso das Forças-Tarefas por inspiração na Operação italiana conhecida como “Mani Pulite”. Ficou muito claro que, assim como as Convenções de Palermo e de Mérida o fazem, a corrupção foi intimamente, e quase indissociavelmente, vinculada às organizações criminosas e à atuação política.

Segundo os autores:

a “Operação Mãos Limpas” se espalhou por outras procuradorias italianas, tendo como foco outros casos de *malaffare in politica* (corrupção política), inclusive com a prisão de Mario Chiesa, então candidato a prefeito de Milão pelo Partido Socialista Italiano, e de inúmeros outros políticos e empresários, entre eles o ex-Primeiro Ministro socialista Bettino Craxi⁴⁴.

Observa-se que o fundamento utilizado pelos autores para sustentar que as investigações de crimes de corrupção, deveriam se dar

⁴² Distinguem task-force (Força-Tarefa) de joint task-force (Força-Tarefa conjunta), pois o primeiro se daria no âmbito de uma mesma força PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável* – MPF. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 24.

⁴³ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável* – MPF. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 25.

⁴⁴ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável* – MPF. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. P. 26.

vinculadas às investigações de organizações criminosas e, mais especificamente, direcioná-las às atividades dos agentes políticos.

Está, pois, definido o discurso punitivo enquanto voltado ao controle das atividades políticas. Trata-se de uma defesa do povo e da democracia por meio do sistema penal, aliando assim a função de defensor do povo com a de acusador exclusivo, empoderando o discurso de que o combate à corrupção é a defesa do povo e da democracia.

Com isso, o conteúdo político está reduzido ao jurídico. Mais especificamente ao jurídico-criminal, cuja criptografia, especialmente acusatória, é de conhecimento restrito e manejo privativo do Ministério Público, em verdadeira supressão da dimensão política e usurpação de uma institucionalidade que deveria, ao menos normativamente, garantir direitos fundamentais.

4. MAIS PODERES, MENOS CONTROLE

Invocando os exemplos brasileiros das Forças-Tarefas do Mensalão e CC-5⁴⁵, os autores passaram a defender a organização desses grupos interinstitucionais para realização de investigações mais complexas.

Os autores também chamaram atenção para a atuação do que classificaram como “grupo-tarefa estratégico e de articulação”, originalmente Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro, que recebeu um segundo “c” para incluir a expressão “à corrupção” antes de “à lavagem de dinheiro”, daqui em diante a ENCCLA⁴⁶. Este órgão definiu como meta, em 2006, “elaborar projeto de decreto disciplinando as regras gerais

⁴⁵ Essa Força-Tarefa CC5 foi também conhecida como Força-Tarefa Banestado, processo judicial conduzido pelo ex-juiz Sérgio Fernando Moro, que recebeu o seguinte agradecimento no Manual: “Merece agradecimento o Juiz Federal Sérgio Fernando Moro pelas posições de vanguarda no cumprimento das normas penais e processuais penais ao longo do caso Banestado.” PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 7.

⁴⁶ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 27 e 28.

para a alocação de recursos humanos e materiais do Poder Executivo para forças-tarefas interinstitucionais, com o objetivo de combater a criminalidade organizada em geral⁴⁷. Estavam envolvidos o Ministério Público Federal (MPF), a Controladoria Geral da União (CGU), o Conselho Nacional de Procuradores-gerais (CNPJ), a Secretaria da Receita Federal (SRF), o Ministério da Previdência Social (MPS), o Ministério da Defesa (MD), o Gabinete de Segurança Institucional (GSI), a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a Advocacia Geral da União (AGU) e o Banco Central do Brasil (BACEN).

Os autores do Manual assim definiram Força-Tarefa:

Do ponto de vista criminal, força-tarefa é a conjugação de meios materiais e recursos humanos voltada para o atendimento a necessidades temporárias, relacionada à persecução de delitos complexos, crimes graves ou infrações cometidas por organizações criminosas, sempre tendo em mira um objeto específico em determinada área geográfica⁴⁸.

Na proposta realizada, a Força-Tarefa não teria prazo fixo, poderia durar tanto tempo quanto demorar a investigação, porém, “invariavelmente, uma força-tarefa funcionará de forma temporária, não permanente”, segundo preconiza o manual.⁴⁹

As Forças-Tarefas não devem ter número mínimo de participantes, mas é prudente evitar um número exagerado de integrantes, porque isso dificultaria a coordenação da investigação e a manutenção do sigilo das investigações.

Ainda, a constituição de uma Força-Tarefa depende da manifestação do Procurador Geral da República e dos órgãos colegiados superiores

⁴⁷ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 28.

⁴⁸ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 28-29.

⁴⁹ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 29.

da instituição. O Manual admite que a iniciativa parta não apenas do membro do Ministério Público com atribuição (promotor natural), mas de qualquer membro, até mesmo de órgãos externos, desde que o requerimento seja feito ao Procurador Geral. A constituição de Força-Tarefa está relacionada à transcendência, relevância ou importância da causa.

Deve haver uma formalização da relação entre os órgãos por meio de um memorando ou uma portaria conjunta, mas a coordenação do grupo deve estar sempre atribuída a um membro do Ministério Público, reservando o poder sobre a Força-Tarefa à instituição, podendo a parte executória ficar com a polícia.

No referido Manual, os autores terminam apresentando um anteprojeto de resolução sobre Forças-Tarefas e outro anteprojeto sobre sigilo processual “no âmbito de processos e feitos sigilosos que tramitem em segredo de justiça, no âmbito do Ministério Público”⁵⁰.

Na prática, três eventos tiveram especial importância na efetivação do empoderamento do Ministério Público buscado pelos autores do Manual: (1) a bem-sucedida campanha de marketing institucional contra a Proposta de Emenda Constitucional 37 de 2011; (2) o julgamento do Recurso Extraordinário 593.727; (2) a aprovação e aplicação da Resolução 181/2017 no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público.

Na luta por espaço do exercício de poder⁵¹, na esteira das manifestações populares de junho de 2013, a Associação Nacional do Ministério

⁵⁰ PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. p. 119 e ss.

⁵¹ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. A investigação criminal e a PEC 37. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 248, p. 5-7, jul. 2013, faz importante observação sobre o realce do papel estratégico assumido pela investigação e que a votação da PEC 37 era mesmo uma questão política pertinente à democracia. Não são poucos os trabalhos que defendem a validade da investigação realizada diretamente pelo Ministério Público: MOURA, Daniela Souza Filho. A investigação criminal direta pelo ministério público em face do sistema acusatório de processo penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*, Belém, v. 7, n. 7, p. 43-66, 2012, a imensa maioria de membros do Ministério Público, alguns especificamente sobre a atuação do Ministério Público na investigação de crimes de corrupção: SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. Atuação do Ministério Público nas investigações de corrupção no Brasil. In: *COMPLIANCE e temas relevantes de direito e*

Público (CONAMP), o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPNG), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação Nacional do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (AMP-DFT), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e a Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANMPM) coordenaram a campanha intitulada “Brasil contra a Impunidade”⁵², cujo objetivo era construir a opinião contra a Proposta de Emenda Constitucional nº 37 de 2011, que tornava a investigação criminal atividade privativa da polícia.

Na campanha, os órgãos coordenadores afirmavam que a PEC 37 “retira o poder de investigação do Ministério Público”⁵³, já havia sido aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara e estava sendo encaminhada para o Plenário. Ainda em junho de 2013 a PEC 37 foi rejeitada.

O segundo evento ocorreu em 14 de maio de 2015, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de 7 a 4, negou provimento ao Recurso Extraordinário 593.727 e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público. Muito embora o Ministério Público já viesse realizando investigações (inclusive os Ministérios Públicos estaduais, especialmente por seus GAECOs – Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – espécie de Força-Tarefa estaduais), o referido recurso especial foi selecionado como representativo da controvérsia em que foi reconhecida a repercussão geral.

Portanto, esses dois eventos tornaram o poder de investigação do Ministério Público legítimo, na medida em que tal atividade não estava expressa no art. 129 da Constituição e, portanto, foram somas às atribuições constitucionais ampliando os poderes do ministério público.

Todavia, não havia qualquer regulamentação legal, seja da atividade investigatória do Ministério Público, seja das Forças-Tarefas. Por

processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. Organização de Bruno Espiñeira LEMOS *et al.* Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 139-153.

⁵² Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/3-noticias/todas-as-noticias/2066-brasil-contra-a-impunidade667>>. Acesso em 08 jun 2020.

⁵³ Disponível em <<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/index.php?action=MenuOrgao.show&id=3828&oOrgao=76>>. Acessado em 08 jun 2020.

isso o terceiro evento foi fundamental, não para que o Ministério Público realizasse investigação ou que fossem constituídas as Forças-Tarefas, mas para legitimar por meio de uma regulamentação infralegal a atuação que em muito ultrapassa o estabelecimento de regras internas de atuação.

Com a Resolução nº 181/2017, posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018, o Conselho Nacional do Ministério Público estabeleceu regras sobre o PIC – procedimento investigatório criminal⁵⁴, conferindo poderes investigatórios amplos ao Ministério Público. Mais do que isso, estabeleceu a possibilidade do procedimento ser instaurado por meio de força tarefa ou grupo de atuação especial. Regulamentou não apenas a atuação do Ministério Público, mas dispôs sobre publicidade e sigilo, acesso da defesa aos atos, direito das vítimas e, inclusive, sobre acordo de não persecução penal⁵⁵, todas matérias de direito processual que envolvem respeito a direitos fundamentais e, portanto, reservadas à lei.

Extraí-se que o Ministério Público foi além dos dicotômicos poderes de defensor do povo e legitimado exclusivo para a ação penal. Em atuação historicamente desenvolvida, que envolveu importante campanha publicitária de construção de uma imagem institucional de confiança da opinião pública, a partir do uso de uma linguagem jurídica que funciona como a criptografia para o manejo político, o Ministério Público assumiu também as funções de investigação, sempre amparado no discurso público de que o combate à corrupção é corolário da defesa da democracia.

Dado que sua posição constitucional original a respeito da investigação era de fiscal do órgão investigador, o Ministério Público como investigador ficou sem fiscal externo dessa atividade. Assumindo também a função de legislador processual penal, foi o próprio Ministério Público quem definiu suas próprias funções e poderes no âmbito das investigações

⁵⁴ Deve se frisar que o Procedimento Investigatório Criminal não foi criado pela Resolução 181/2017, ele já existia desde a edição da Resolução 13/2006 do próprio Conselho Nacional do Ministério Público. Todavia, isso ocorreu antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 593.727 e não se regulamentava as chamadas Forças-Tarefas. Vale a leitura da crítica feita à época da inusitada criação: VIEIRA, Renato Stanziola. Procedimento investigatório criminal, esse outro desconhecido. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 168, p. 12-13, nov. 2006.

⁵⁵ Que só veio a ser previsto e regulamentado em lei, por ocasião da Lei nº 13.964/2019.

complexas contra o crime organizado e a corrupção, em evidente ruptura do modelo constitucional de garantia⁵⁶. Por fim, os instrumentos internacionais em matéria de cooperação jurídica internacional não preenchem os requisitos constitucionais para autorizar ampliação de funções tendentes a limitar direitos fundamentais, uma vez que não são tratados internacionais em matéria de direitos humanos capazes de ampliar competências institucionais definidas, exclusivamente, por normas de hierarquia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se questionar a legitimidade do uso das Forças-Tarefas do Ministério Público Federal para investigação criminal direta diante das garantias constitucionais, bem como se há uma instrumentalização política desse mecanismo, nos casos de corrupção. Ao final foi possível constatar que a hipótese inicial é a melhor resposta à indagação investigativa.

O objeto de análise crítica recaiu sobre a instituição do Ministério Público, que recebeu um tratamento diferenciado da tradição constitucional pela Assembleia Nacional Constituinte, dando-lhe status constitucional e poderes de atuação balizados pelas normas constitucionais.

A primeira crítica efetuada foi sobre a dupla institucionalidade do Ministério Público que ao mesmo tempo se anuncia como instituição talhada para defender os interesses coletivos do povo e a manutenção

⁵⁶ É muito importante ressaltar que as técnicas especiais de investigação que se configuram como meios de obtenção de prova são cada vez mais utilizados no direito brasileiro para determinar a sorte do julgamento do caso penal, o que torna a investigação ainda mais poderosa no sistema processual que se desenha no âmbito dos processos de corrupção e criminalidade organizada. Vide: SANTORO, Antonio E. R. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 951-992, mai./ago. 2020; RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020.

das instituições democráticas, também é o titular da força de impulsão da persecução punitiva penal estatal. Essa dualidade leva ao inevitável uso do direito penal como técnica de substituição das decisões políticas, em consequências que podem ser desde o controle social pelo direito penal até a criminalização da atividade política e das políticas públicas.

Realizou-se a análise tomando por base doutrinas críticas do modelo do constitucionalismo liberal, fundado na ideia do compromisso de transformar o político em jurídico como forma de conter abusos de poder.

Verificou-se que é possível subtrair e disfarçar um discurso político através de uma instituição jurídica, criada para zelar pela democracia e pelo controle dos poderes, portanto vocacionada para ser uma instituição constitucional de garantias.

Para tanto, além das funções constitucionalmente atribuídas de defensor do povo e acusador exclusivo na ação penal, o Ministério Público alargou seu poder para alcançar o controle das investigações sobre os atos de corrupção e criminalidade organizada, por meio do exercício abusivo da função de legislador e com o uso estratégico de campanha publicitária de alcance da opinião pública, com discurso de combate a corrupção.

Por fim, fica em aberto o questionamento de como conter o abuso do poder de quem é, juridicamente, o responsável pelo controle do poder, não havendo dúvidas que seguirá em aberto, na nossa institucionalidade constitucional a dúvida sobre quem, numa democracia, controla o controlador que acumulou as funções, inclusive, incorporando aquelas que controlava, através de normatividade infralegal artificialmente criadas *interna corporis*.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. Quem vai cuidar da jabuticaba que virou barraco?. *Época on line*, 07.08.2019. disponível em <<https://epoca.globo.com/rogerio-aran-tes/coluna-quem-va-cuidar-da-jabuticaba-que-virou-barraco-23861102>> Acesso em 31 de julho de 2020.

BRASIL, Ministério Público Federal. Relatório de resultados do Ministério Público Federal: 2013 / 2015: *diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade* / Brasília: MPF, 2015.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Procurador-Geral da República: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade: 2015-2016*. Brasília: MPF, 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Procurador-Geral da República: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade: 2015-2017*. Brasília: MPF, 2017.

CYRILLO DA SILVA, Carolina Machado. Os quatro modelos da posição hierárquica do direito internacional dos direitos humanos nas constituições dos países da América do Sul. In: NASCIMENTO, Valéria Ribas e SALDANHA, Jania Maria Lopes. *Os Direitos Humanos e o constitucionalismo: espectros da DUDH e da Constituição da república Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Para um Ministério Público como instituição de garantia. *Revista do Ministério Público*. 153, janeiro a março de 2018.

GOMES, Marcus Allan. *Mídia e sistema penal: as distorções nos meios de comunicação*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. Os sentidos do populismo penal: Uma análise para além da condenação ética. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 248, dez. 2017. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.39>

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In *Passions and Constraints*. Chicago: University of Chicago Press, 1995. P. 134-177.

KRAMER, Larry. *The people themselves*. Oxford: Oxford University Press, 2004. (Kindle)

MAZZILLI, Hugo N. *Manual do Promotor de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 1991.

MBEMBE, Achille. Necropolitics. *Public Culture*, Volume 15, Number 1, Winter 2003, pp. 11-40.

MELO, Marcos Eugênio Vieira. Neoinquisitorialismo processual penal e a contaminação do julgador com os atos de investigação: a burla interna no processo penal brasileiro como obstáculo ao contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 951-992, mai./ago. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.314>

- MENDES, Soraia R. Editorial dossiê “Colaboração premiada e justiça criminal negociada”: novos e múltiplos olhares. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 31-38, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.56>
- MÉNDEZ HINCAPIÉ, Gabriel y SANÍN RESTREPO, Ricardo. “La Constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global”. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, UASLP-UAA-US, no. 8, pp. 97-120, julio – diciembre 2012.
- MOURA, Daniela Souza Filho. A investigação criminal direta pelo ministério público em face do sistema acusatório de processo penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Pará*, Belém, v. 7, n. 7, p. 43-66, 2012.
- PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santo e ARAS, Vladimir. *Forçatarefas: direito comparado e legislação aplicável – MPF*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. A investigação criminal e a PEC 37. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 248, p. 5-7, jul. 2013.
- RIBEIRO, Marcelo H. M.; SAMPAIO, André R.; FERREIRA, Amanda A. A influência dos elementos de informação do inquérito policial na fundamentação da sentença penal condenatória: uma análise das sentenças prolatadas pelas varas criminais de Maceió/AL. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 175-210, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.299>
- SANTORO, Antonio E. R. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 81-116, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.333>
- SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. Atuação do Ministério Público nas investigações de corrupção no Brasil. In: *COMPLIANCE e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira*. Organização de Bruno Espiñeira LEMOS et al. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 139-153.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VIEIRA, Renato Stanzioia. Procedimento investigatório criminal, esse outro desconhecido. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 168, p. 12-13, nov. 2006.
- ZANETI, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: A Atuação Orientadora das Corregedorias do Ministério Público*, volume II/ Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): O autor Antonio Eduardo Ramires Santoro agradece à FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro pelo financiamento que vem sendo feito ao projeto de pesquisa pela bolsa Jovem Cientista do Nosso Estado, que possibilitou a realização deste trabalho. Os autores agradecem ao professor Luiz Fernando Castilhos Silveira, pelas sugestões e opções de tradução para o inglês dos termos utilizados na presente pesquisa.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

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

- *Antonio Eduardo Ramires Santoro:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Carolina Cyrillo:* projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 24/07/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/07/2020
- Avaliação 1: 04/08/2020
- Avaliação 2: 11/08/2020
- Avaliação 3: 11/08/2020
- Avaliação 4: 12/08/2020
- Decisão editorial preliminar: 23/08/2020
- Retorno rodada de correções 1: 13/09/2020
- Decisão editorial preliminar 2: 14/09/2020
- Retorno rodada de correções 2: 14/09/2020
- Decisão editorial final: 15/09/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (RO)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTORO, Antonio E. R.; CYRILLO, Carolina. As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1271-1300, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.431>



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

Colaboração premiada, paternalismo processual e “juízes camaleões”: simplificação e eficiência do procedimento na luta contra a corrupção

Awarded cooperation agreement, procedural paternalism and “chameleon judges”: simplification and efficiency of procedure in the fight against corruption

Paulo Roberto Fonseca Barbosa¹

Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

prfbarbosa@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/0904525886926574>

 <https://orcid.org/0000-0002-9808-709X>

RESUMO: Detectando-se uma espécie de paternalismo processual na atuação dos juízes, busca-se demonstrar que a dupla análise judicial do acordo de colaboração premiada, conforme previsto pela Lei 12.850/2013, é ponto de desestabilização do sistema de justiça penal negociada brasileiro, contribuindo negativamente para uma série de inconsistências processuais, notadamente por transgredir os princípios constitucionais da imparcialidade e do juiz natural, sendo gênese de nulidades processuais. Nesse contexto, pretende-se responder ao seguinte problema: a simplificação do procedimento, envolvendo a confecção do acordo de colaboração premiada, com a extinção da dupla análise judicial do referenciado acordo, contribuiria para poten-

¹ Doutorando em Ciências Criminais pela Universidade de Lisboa (2018). Possui graduação pela Universidade Estadual de Santa Cruz (2004). Atualmente é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJ/SE), Titular da Comarca de Canindé de São Francisco, tendo ingressado na carreira em janeiro de 2005. É também Juiz Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Sergipe (TRE/SE), titular da 28ª Zona Eleitoral. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Social da Bahia (FSBA) (2013). Mestre em Constitucionalização do Direito, com ênfase na área de Direito Penal, pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) (2015).

cializar o combate à corrupção sem afetar garantias fundamentais dos acusados? Para resposta do problema, utiliza-se da análise de jurisprudência e doutrina sobre a temática, incluindo estudo comparatístico entre institutos jurídicos estrangeiros congêneres.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal negociada; Poder Judiciário; Paternalismo processual penal; Colaboração premiada; Direito comparatístico.

ABSTRACT: *Detecting a kind of procedural paternalism in the performance of judges, it is sought to demonstrate that the double judicial analysis of the awarded cooperation agreement, as provided for by Law 12.850/2013, is a point of destabilization of the Brazilian negotiated criminal justice system, contributing negatively to a series of procedural inconsistencies, notably for transgressing the constitutional principles of impartiality and the natural judge, being the genesis of procedural nullity. In this context, it is intended to answer the following problem: would the simplification of the procedure, involving the drafting of the awarded cooperation agreement, with the extinction of the double judicial analysis of the referenced agreement, contribute to enhancing the fight against corruption without affecting the fundamental guarantees of the accused? In response to the problem, we use the analysis of case law and legal theory on the subject, including a comparative study between similar foreign legal institutes.*

KEYWORDS: *Criminal justice negotiated; Judicial Power; Criminal procedural paternalism; Awarded cooperation agreements; Comparative law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Paternalismo judicial no acordo de colaboração premiada; 2 Quem disse que o juiz não participa do acordo de colaboração? 3 Contaminação judicial e (in)suportabilidade sistêmica: um réquiem ao duplo exame judicial do acordo de colaboração premiada à luz do direito comparatístico; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 12.850/2013 inovou no cenário jurídico brasileiro ao permitir a existência de um acordo formal prévio entre as autoridades de persecução penal e o investigado com o intuito de estipular obrigações recíprocas, as quais, uma vez cumpridas, podem finalizar o processo

criminal. Todavia, o legislador condicionou a validade do pacto a uma dupla verificação do Poder Judiciário, criando uma espécie de paternalismo judicial dentro de um almejado sistema consensual adversarial, onde o protagonismo das partes deveria ganhar substancial relevo. Isso vem causando incompatibilidades sistêmicas e materializando nulidades, dificultando, por efeito direto, o combate efetivo da corrupção. Nos trâmites da lei, ocorre mais ou menos o seguinte: o órgão investigador ou o acusador público relativiza a obrigatoriedade da ação penal em troca da confissão do colaborador e de sua renúncia a algumas garantias constitucionais, cedendo ainda eventual parte de sua liberdade e do seu patrimônio, além de contribuir de maneira imprescindível para a revelação eficaz de outros ilícitos penais encobertos pela capa protetora das organizações criminosas.

Notoriamente, essa evidente barganha, sintetizada pelo acordo de colaboração premiada, finca raízes num sistema processual adversarial e tem gerado problemas ao ser transplantada para o sistema processual brasileiro, o qual ainda procura o legítimo caminho acusatório traçado pelo legislador constitucional. Um desses problemas reside em estabelecer qual a verdadeira posição do juiz brasileiro ante um contexto desenhado sob o véu consensual da colaboração – continuaria ele atuando em atenção ao seu *background* processual inquisitorial (*rectius*, misto) ou, mudando de papel, vestiria a toga do juiz adversarial? Ou, num terceiro plano, estaríamos diante de um juiz híbrido, que deveria ser versátil para atuar, a depender das circunstâncias, como se fosse um verdadeiro camaleão, adaptando-se às cores de cada sistema processual? Em resposta, percebe-se o surgimento de um *tertius genus*, que é o juiz denominado metaforicamente de “juiz camaleão”, marcado por fortes características de ambos os sistemas, resultado de um paternalismo judicial exacerbado e inserto num curioso modelo de “justiça negociada adversarial à brasileira” ainda em construção.

Na sequência, enfrenta-se o problema principal: a simplificação do procedimento, envolvendo a confecção do acordo de colaboração premiada, com a extinção da dupla análise judicial do referenciado acordo, contribuiria para potencializar o combate à corrupção sem afetar garantias fundamentais dos acusados? Responde-se positivamente. Mirando-se na experiência estrangeira e delimitando-se a participação judicial nos acordos

de colaboração premiada a um único ato, propõe-se o fim da dupla análise judicial do acordo. Por fim, conclui-se que o Poder Judiciário, embora de maneira limitada, deve continuar como regente e detentor da última palavra do processo penal negocial, racionalizando essa incipiente forma de justiça, no afã de conter utilitarismos arbitrários.

1 PATERNALISMO JUDICIAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

Como muito vem sendo dito por ampla doutrina, o processo de “americanização”² da justiça penal, desencadeado pelo transplante³ de fórmulas oriundas do sistema adversarial (*adversarial system*)⁴, de

² Concordando com o termo, Langer (2004, p. 26-29). Em sentido contrário, Brandão (2015, p. 162).

³ Para escorar nossas ideias, utilizaremos as metáforas do “transplante” e da “tradução” na troca de institutos jurídicos entre sistemas processuais ante a ampla notoriedade científica de tais categorias doutrinárias. O termo transplante tem origem em Watson (1993, p. 21), quando argumenta com exemplos históricos que o direito não pode ser usado como uma ferramenta para entender a sociedade sem uma consideração cuidadosa dos transplantes jurídicos como elemento central, conceituando o transplante como: “[...] a mudança de uma regra ou sistema jurídico de um país para outro, de um povo para outro”. Por sua vez, Langer (2004, p. 29-35) critica o pensamento de Watson ao perceber que a ideia de transplante seria muito rígida e não teria aptidão para captar as sutilezas de um mundo em constante transformação. Por isso, propõe o modelo da tradução jurídica, que seria mais adequando diante da expansão do pensamento jurídico causada pela globalização. Segundo Zilli (2019a, p. 19): “Enquanto os transplantes carregam a ideia de replicagem, as traduções ligam-se à noção de adaptação”.

⁴ Ao longo do presente estudo, vamos nos referir ao sistema adversarial sempre como aquele proveniente do *Common Law*, eis que já consolidado nos E.U.A. Todavia, parte da doutrina sustenta a equivalência dos termos “adversarial” e “acusatório”, conforme Langer (2004, p. 18-19), sendo esse o caminho aqui adotado. Justificamos nossa escolha por motivos didáticos e porque a colaboração premiada teve grande inspiração no acordo de cooperação americano (*cooperation agreement*), embora o resultado seja um sistema híbrido, com traços bem marcantes dos dois troncos processuais mais conhecidos, consoante veremos a seguir. Ademais disso, essa divisão vem perdendo importância, pois até mesmo a divisão mais tradicional (*inquisitorial-accusatorial*) vem ficando para história. Segundo Ambos (2003, p. 3-4): “*In sum, the inquisitorial-accusatorial divide has only, if at all, a meaning in historic, pre-revolutionary terms.*” Nessa ordem de evolução, outras divisões têm

matriz anglo-saxã, para sistemas pretensamente acusatórios ou mistos (*inquisitorial system*)^{5,6}, gestados na Europa Continental e América Latina, tem ensejado grandes dificuldades práticas ante incompatibilidades sistêmicas, produzindo nulidades. Dentre razões de ordem econômicas, sociais e políticas, ainda temos que sopesar o desconforto gerado entre os atores processuais por conta do movimento legislativo inovador⁷. Inicialmente, pode não haver por parte de alguns grande aceitação em relativizar princípios basilares e em reposicionar a atuação de figuras relevantes no sistema de justiça penal tradicional, sendo até normal que se busque a manutenção do *status quo*, rejeitando-se a vontade do legislador, mormente pelo viés interpretativo⁸. Por isso, é importante definir papéis, deixando bem clara missão atribuída a cada ator processual, com indicação precisa de limites e possibilidades, embora dita tarefa legislativa nunca seja alcançada – o que é perdoável, restando no mais das vezes amplo espaço de densificação prática para doutrina e jurisprudência.

No caso brasileiro, esse quadro da perda e ganho de poderes não atendeu parte da lógica consensual adversarial, implicando em confusão. Embora tenha atribuído grande autonomia às partes, e até a quem não é parte (vide o delegado de polícia), demonstrou grande carência do manto protetivo judicial em momentos, aos nossos olhos, desnecessários, fruto de uma cultura processual inquisitiva e ainda arraigada na credibilidade da

surgido, valendo conferir os modelos de hierarquia e coordenação projetados por Damaska (1986) em sua festejada obra: *The faces of justice and state authority*, notadamente páginas 16-46.

- ⁵ Mendes (2018a, p. 13) utiliza o termo “moderno sistema inquisitorial”.
- ⁶ Mendes (2018b, p. 33) fala em extinção dos modelos puramente inquisitoriais “sem deixar rastro”.
- ⁷ Contudo, tal inovação vem atender ao desenvolvimento social e as novas formas de criminalidade. Segundo Durkheim (1967, p. 90-95), o crime é algo normal e necessário ao desenvolvimento da moral e do direito e o criminoso um agente regulador da vida social. Os altos índices de criminalidade é que caracterizam o estado de anormalidade. Nesse ponto, o referido estado de anormalidade deve ser captado pelo legislador, criando leis adequadas para solucionar o problema social.
- ⁸ Langer (2004, p. 14) exemplifica com a reação dos juízes de um sistema inquisitorial ao perder poderes de investigação. Foi exatamente o que aconteceu na implementação do *giusto processo* italiano, na luta contra a máfia e corrupção generalizada, vide Panzavolta (2005, p. 602) e Orlandi (2016, p. 384-385).

benção dos juízes. Explicaremos essa carência judicial sob a ótica do paternalismo⁹. Como cediço, o legislador, ao arquitetar o regime de colaboração premiada, deixou espaços para questionamentos da atuação judicial, mais precisamente a partir do primeiro momento no qual o juiz realiza o escrutínio do acordo de colaboração, debruçando-se sobre a regularidade, a legalidade, voluntariedade e a adequação do pacto, para fins de eventual homologação¹⁰.

Especificamente no que diz respeito a tormentosa atividade de adequação do acordo, embora a recente Lei n.º 13.964/2019, tentando prestigiar a imparcialidade judicial, impeça o juiz de exercer *sponte propria* aquela atividade diante do caso concreto e nas hipóteses de ausência de homologação imediata, determinando agora a devolução do projeto de acordo às partes, de modo que procedam aos ajustes necessários¹¹, ainda assim o juiz continua com a possibilidade de redirecionar os rumos do pacto. Sob tal perspectiva da atividade de adequação, o futuro tem tudo para ser um prolongamento problemático do passado, principalmente quanto ao postulado do juiz objetivamente neutro e da vedação legal de participação judicial nos acordos (§ 6º, do art. 4º, ainda intacto), colocados em risco permanente ante a permissão de “análise fundamentada do mérito da denúncia”¹² e a possibilidade de o acordo ser “precedido de instrução” no momento da homologação¹³.

⁹ No presente estudo, consideraremos legítimo o paternalismo materializado em medidas adotadas com intuito de proteger determinados direitos e garantias fundamentais, independentemente da vontade de seus respectivos titulares, atrelado ao conceito de estado de vulnerabilidade. Sem vulnerabilidade, não pode haver paternalismo. Essa concepção é encontrada em Feinberg (1986, p. 5-8), quando explica a dicotomia entre espécies de paternalismo: i) paternalismo presumivelmente reprovável é aquele em que a proteção se dirige apenas ao indivíduo beneficiado (paternalismo benevolente) ou se dirige também a terceiros (paternalismo não benevolente); e ii) paternalismo presumivelmente não reprovável é o que se destina a proteger indivíduos em estado de vulnerabilidade, independentemente de consentimento.

¹⁰ Vide nova redação do §7º, do art. 4º, da Lei n.º 12.850/2013, modificado pela Lei 13.964/2019.

¹¹ Vide nova redação do §8º, do art. 4º, da Lei n.º 12.850/2013, modificado pela Lei 13.964/2019.

¹² Vide redação do novo §7º-A, do art. 4º, da Lei n.º 12.850/2013, incluído pela Lei 13.964/2019.

¹³ Vide redação do novo §4º, do art. 3º-B, da Lei n.º 12.850/2013, incluído pela Lei 13.964/2019. Ao que parece, o legislador brasileiro abriu os olhos para a

Com efeito, a previsão legislativa originária foi inovadora ao estabelecer, no mínimo, dois momentos de contato do juiz com o acordo de colaboração (homologação e sentença), exigindo já na fase homologatória a chancela definitiva e, por isso, vinculativa de algumas cláusulas que demandariam nítida atividade judicial cognitiva exauriente¹⁴. É esse duplo contato judicial, por imposição legal, com provas, meios de prova e agora até instrução prévia, que coloca o juiz numa delicada situação, obrigando-o a manter-se neutro em situações de indesejável, porém necessário, aprofundamento ao *thema decidendum*, sob pena de homologar em definitivo fatos incongruentes quando cotejados com uma base fática¹⁵ (*factual basis*) ainda inexistente¹⁶. Tal quadro tem se agravado pela

angustiante situação do juiz no momento de realizar a análise do acordo de colaboração e para toda problemática que pode decorrer de um ato homologatório sem base fática robusta – esse seria o maior motivo para permitir a realização de instrução prévia, tal como já se aplica em âmbito internacional (art. 65, (3), (a) do Estatuto de Roma). Contudo, essa tentativa de esboçar um novo modelo de supervisão judicial do acordo de colaboração, mirando o processo penal internacional, pode ser a “cara” do qual problemas decorrentes da mescla dos sistemas processuais seja a “coroa”, conforme detalharemos ao longo desse estudo. Nesse sentido, conferir Damaska (2010, p. 105), mormente quanto ao valor ambivalente da confissão “[...] created by blending Anglo-American and Continental European forms of criminal justice”. Por sua vez, Schabas (2018, p. 292) reforça: “In the drafting of the Rome Statute, there were difficulties in circumscribing the rules applicable to guilty pleas of differing philosophical approaches to the matter in the main judicial system of national law”.

- ¹⁴ Utilizaremos ao longo do trabalho a classificação proposta por Watanabe, em sua obra sobre a Cognição Judicial (2005, p. 127 e ss.). Assim, a cognição pode ser vertical em sua profundidade e horizontal em sua amplitude. No plano vertical, a cognição ainda pode ser exauriente e sumária. Por sua vez, na ótica horizontal, a cognição pode ser ilimitada ou limitada quanto ao objeto do conhecimento. As referenciadas classificações tandem a demonstrar o nível de vinculação do juiz ao *thema decidendum*, o que pode ensejar contaminação e quebra da imparcialidade.
- ¹⁵ Turner (2006, p. 514-515) adverte sobre a importância de escrutinar a base fática, embora as partes tenham adotado a premissa de revelar o mínimo possível da realidade factual nos acordos com a finalidade de que o juiz não interfira. Isso leva a que o juiz apenas tenha uma visão superficial do ocorrido e raramente rejeite o acordo. A autora ainda constata que essa passividade judicial tem conduzido os acusados a aceitarem crimes sem amparo legal (v.g. tentativa de homicídio culposo) ou crimes que não praticaram.
- ¹⁶ Badaró (2017, p. 143) demonstra preocupação com a neutralidade judicial ao levantar questionamentos sobre um visível acúmulo de funções pelo

desmedida e notória criatividade do Ministério Público ao costurar os acordos com estipulação de cláusulas sem amparo legal e sem precisar objetivamente o catálogo de crimes a ser abarcado pela decisão judicial homologatória. Tudo isso cria um cenário e insegurança jurídica, prejudicando o combate à corrupção. Mas não é só isso.

A lógica do consenso adversarial confere autonomia ao Ministério Público para, conforme aspectos de conveniência e oportunidade¹⁷, mormente diante do desenvolvimento da investigação ou mesmo já com processo em tramitação, postular o perdão judicial para o colaborador, sendo essa possibilidade ainda presente no §2º, do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013. O referido dispositivo, entretanto, possibilita ao juiz a aplicação do art. 28 do CPP brasileiro¹⁸, caso não concorde com o pleito ministerial, materializando nítido exercício de fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal ao juiz de um pretense sistema de raiz adversarial¹⁹. Isso demonstra um significativo traço da atividade

Ministério Público, o qual estaria investigando, abraçando a verdade dos fatos por si escolhida e ainda desenhando a futura sentença penal, tudo validado por simples decisão homologatória. Poderíamos aqui vislumbrar que o autor faz uma crítica a atuação passiva dos juízes. Tal fato difere do nosso objeto de estudo, que se refere aos comandos legislativos de atuação dos juízes como atos estruturais do regime de colaboração.

¹⁷ O Min. Dias Toffoli indica no HC 127.483/PR, de sua própria relatoria, j. em 27.08.2015, Tribunal Pleno, publicado em 04.02.2016, que a lei de colaboração premiada “[...] é expressa ao fixar a fase de homologação como o momento de sindicabilidade das cláusulas negociais, do ponto de vista de sua regularidade formal e legalidade, não de sua conveniência e oportunidade”. Porém, veremos que não tem sido assim na prática.

¹⁸ O referenciado artigo foi modificado pela Lei 13.964/2019, a qual alterou o rito de arquivamento do inquérito policial e elementos de informação, afastando corretamente, aos nossos olhos, a supervisão judicial. Tal mudança, uma vez efetivada, irá conferir maior harmonia ao sistema, delimitando papéis, conforme agora propomos. Entretanto, o Min. Luiz Fux, no bojo da ADI 6.299 MC/DF, amparado em “impactos sistêmicos e financeiros”, suspendeu: “[...] *ad cautelam* a eficácia do artigo 28, *caput*, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 13.964/2019. Nos termos do artigo 11, §2o, da Lei n. 9.868/1999, a redação revogada do artigo 28 do Código de Processo Penal permanece em vigor enquanto perdurar esta medida cautelar.” Esperamos que a vontade do legislador concretize-se logo.

¹⁹ Imperioso notar que esse tipo controle judicial sobre o pedido de perdão judicial será extinto com a vigência da nova redação do art. 28 do CPP. Desse

de controle judicial, eis que o oferecimento de perdão ao colaborador, dentro de um panorama de justiça penal negociada, deveria constituir-se em elemento de barganha contido no espaço de consenso aberto entre acusação e defesa, sem ingerências. Dito diferente: as partes tudo podem dentro e nos limites do espaço reservado por lei.

Se é permitido ao juiz invadir aquele espaço, notamos algumas importantes consequências, a saber: i) a lógica do sistema negocial é quebrada; ii) a verdade exige mais provas; iii) as confissões demandam mais base fática; e iv) e o juiz passa a gerir a prova. Teríamos traços inquisitoriais enxertados no bojo da negociação penal, embora a lei exclua o juiz de participar do acordo. A partir daí, vislumbramos o distanciamento das tentativas em comparar o regime da colaboração ao sistema de barganha adversarial. Pensamos, ao que parece, que tem ocorrido uma verdadeira tradução (*rectius*, adaptação) de instrumentos negociais importados do sistema justiça criminal norte-americano, e também italiano, incorporados ao ordenamento brasileiro, gerando uma mescla de características propulsora de um sistema processual e personagens híbridos²⁰, consoante veremos nas próximas páginas.

Outro ponto importante e já discutido no Supremo Tribunal Federal é referente a participação ativa dos delegados (federal ou estadual) na confecção dos acordos de colaboração, quando os fatos ainda

modo, caso o juiz não concorde com o perdão judicial, a irrisignação do Ministério Público deverá ser materializada em forma de recurso. Sem previsão legal de recurso em sentido estrito e tratando-se de uma decisão interlocutória, que certamente tocará ao mérito da lide, o recurso que se nos apresenta adequado é a apelação residual. Ressaltamos, porém, que o tema é controverso. Conferir, a propósito, Vasconcellos, (2018, p. 213-214).

²⁰ O fenômeno da “hibridização” entre os sistemas acusatórios e inquisitoriais é tratado por Delmas-Marty (2008, p. 253 e ss.). Por sua vez, Schönemann (2013a, p. 307) lembra que o valor da confissão na Alemanha, no cotejo com o princípio da verdade material, também gerou o fenômeno da hibridização entre tais categorias processuais, pois a confissão teria valor de convencimento para acordos penais, mas não teria o mesmo valor em caso de instrução probatória, criando uma natureza variável para o conceito de verdade. Damaska (1986, p. 4-6) já há algum tempo detectava o fenômeno da hibridização quando anunciava que: “[...] *adversarial traits can be identified in continental Europe and can even be quite conspicuous in some branches of the administration of justice, while inquisitorial features, sometimes quite conspicuous, can be found in Anglo-American lands*”.

estejam na fase de investigação²¹. Tal desejo legislativo revela marcas inquisitórias inconciliáveis com órbita negociada, pois empurra o juiz para o âmbito prematuro e inquisitorial das investigações e, pior, com a possibilidade de homologar acordo de colaboração sem a anuência do titular da ação penal²². Contraditoriamente, o princípio da obrigatoriedade da ação penal é exigido no já referido §2º, do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, ao passo em que é relativizado para viabilizar o acordo com os delegados, num provável caso de aliança política, resultante da força da bancada legislativa federal brasileira formada por policiais, em detrimento de princípios constitucionais e em benefício de uma política criminal utilitarista de emergência, a qual trará nódoas no combate do crime organizado e da corrupção.

Os pontos ora destacados não têm o condão de negar aqui a importância prática do paternalismo legislativo, o qual se mostra de grande importância em outros setores jurídicos. Muito menos se pretende afastar o acordo de colaboração do controle judicial. Objetivamos, sim, racionalizar o referido controle, harmonizando-o com princípios irrenunciáveis de um sistema maior (constitucional) e limitando-o no ambiente de negociação penal. A racionalização, por conseguinte, perpassa pela detecção e compressão de um nítido paternalismo processual, inserto no âmbito negocial da Lei n.º 12.850/2013. Veremos que quanto maior for a compressão desse paternalismo, maior será a natureza adversarial ou acusatória do sistema, facilitando e purificando a atuação dos atores processuais, além de aumentar a segurança jurídica e a imparcialidade judicial, impedindo atuações políticas dos juízes. Isso porque a justiça

²¹ Esta é mais uma peculiaridade do sistema de “justiça negociada adversarial à brasileira”, a qual foi endossada pelo STF no julgamento da ADI 5508/DF, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 04.12.2017, publicado em 11.12.2017. Prevaleceu o argumento de autoridade do STF, com o qual não concordamos, uma vez ferir a lógica acusatória desenhada na Constituição.

²² Uma das notas mais clássicas dos processos acusatórios é impedir aquele que participou das investigações de julgar o investigado. Entretanto, a lei *sub examine* possibilita que o juiz homologue o acordo entre delegado e colaborador, ainda na fase inquisitiva, e, mais para frente, já no âmbito processual, sentencie aquele mesmo colaborador. Tal situação não ocorre nos ordenamentos da Itália e U.S.A., como será demonstrado oportunamente.

penal negociada se caracteriza pelo maior poder de disposição dos envolvidos (acusação e defesa), os quais protagonizam-se na construção de uma verdade consensual²³. O juiz deve ser mero coadjuvante, sem exercício diretivo na construção do pacto. As partes, incluindo o juiz, devem, contudo, estar atentas aos limites (horizontal e vertical) de disposição contratual. Certamente, o princípio da legalidade²⁴ é o norte a ser seguido, pois é atribuição do legislador acenar para as hipóteses passíveis de barganha²⁵. É nesse ponto que o juiz deve atuar: impedindo ilegalidades.

Em se tratando de seara negocial, a atividade legislativa deve pautar-se no liberalismo constitucional, onde garantias sejam relativizadas voluntariamente, num verdadeiro processo de cooperação, calcado na equidade. Se o legislador retira do acusado (investigado ou mesmo condenado) a possibilidade de suspensão²⁶ voluntária de suas próprias garantias, instaura uma situação de anacronismo ante o moderno Estado Democrático de Direito, ressoando aparente autoritarismo²⁷. Visto por outro ângulo, o intento de proteção legislativa pode inclusive ter efeito reverso, prejudicando o acusado disposto a colaborar nos limites da lei, dificultando táticas defensivas. Se o leque de direitos materiais e processuais do colaborador, passíveis de barganha, é delimitado por lei e ainda

²³ Badaró (2017, p. 139) explica que a ideia de verdade consensual é ligada ao fenômeno de transformação do processo penal em instrumento principal de solução de conflitos, relegando a um plano inferior a verificação dos fatos. Segue o autor afirmando que, por essa ótica, até uma decisão firmada em premissas falsas pode ser aceitável.

²⁴ Referimo-nos a legalidade em sentido amplo, incluindo a própria Constituição Federal.

²⁵ Entretanto, a jurisprudência também exerce papel fundamental na densificação da atividade legislativa, sinalizando para hipóteses passíveis de suspensão e renúncias de garantias através de suas decisões. Para tanto, basta verificar as decisões do STF que são mencionadas nesse estudo. No âmbito internacional, chamamos atenção para as decisões emanadas da Corte Europeia de Direitos Humanos nos Casos Natsvlishvili e Togonidze v. Georgia. Application n. 9043/05, j. 08.09.2014, §88 e Scoppola v. Itália. Application n. 10249/2003, §135, dispensando interpretação ao art. 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que garante o direito a um processo equitativo.

²⁶ Não utilizamos o termo renúncia pois indicaria perda eterna de direitos, o que não pode ocorrer.

²⁷ SANNA, Alessandra. *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative: questioni nuove di procedura penale*, Padova: CEDAM, 2018, p. 17.

recebe o controle paternalista do juiz, seu poder de disposição é reduzido e, por conseguinte, seus benefícios serão menores. Assim, também serão menores as chances de desmontar organizações criminosas. No seio do processo penal negocial, o paternalismo do legislador só se mostrará legítimo quando objetive coibir colaborações que tenham como pano de fundo acordos embalados por situações manifestas de vulnerabilidade defensiva, que podem ser constatadas num duplo aspecto: deficiência substancial da defesa técnica²⁸ ou violação ao desempenho da livre autodefesa.

Medidas paternalistas previstas em lei são proveitosas quando não descaracterizem a natureza do sistema processual penal negociado. Tais cautelas ostentam legitimidade ao criar mecanismos de controle judicial que não interfiram na liberdade contratual permitida por lei. Sob tal prisma, a previsão de um contrato escrito entre acusação e defesa com indicação de direitos e deveres colaterais é um instrumento de proteção cabível e louvável²⁹. Ainda nesse quadrante, andou bem o legislador quando estabeleceu a obrigatoriedade da gravação das tratativas para eventual e posterior análise³⁰, reforçando o adequado controle judicial e dando azo a formação de um objetivo sistema de nulidades processuais³¹. Em outros

²⁸ Conferir súmula 523 do STF, regulando as hipóteses de nulidade por deficiência de defesa técnica. Outrossim, o novo artigo 3º-A, da Lei 13.964/2019 veio para dirimir dúvidas quanto a natureza da colaboração. A lei foi clara em dizer que o aludido acordo é “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova”. Em outras palavras: se analisado enquanto via para obtenção de benefícios para o colaborador, é meio de defesa; se visto enquanto instrumento de fortalecimento da acusação, é meio de prova. Denota-se, ainda, que, embora com essência processual, produz efeitos materiais, conforme preconiza Vasconcellos (2018, p. 61).

²⁹ Outro razoável instrumento de proteção foi o “Termo de Confidencialidade”, previsto pelo §2º, do art. 3º-B, da Lei 13.964/2019, tornando obrigatória uma prática já existente.

³⁰ A inspiração do novo §13º, do art. 4º, da Lei 13.964/2019 parece ter sido italiana, ante o que preconiza o artigo 16-quarter, comma 3, do Decreto-legge 15 de gennaio 1991, n. 8, combinado com o artigo 141-bis do CPP. Ruga Riva (2002, p. 265) acena que tal medida visa evitar que a acusação exerça pressão sobre o acusado para obtenção de confissões ou mesmo colaborações sobre outros fatos, revestindo as declarações colhidas de parcialidade. Pelas mesmas razões, terá aplicação no contexto brasileiro.

³¹ O melhor caminho, ao nosso pensar, seria um sistema legal de nulidades processuais, sem prejuízo de que a jurisprudência solidifique outras hipóteses

termos: a proteção do acusado colaborador pode ser implementada sem que para isso seja preciso desfigurar a linha adversarial do sistema, com indevidas e inoportunas incursões judiciais de jaez inquisitorial. A simplificação do rito e a delimitação de papéis potencializarão os resultados pretendidos pelo legislador de aniquilar células criminosas.

Deveras, são visíveis os benefícios sociais decorrentes da amplitude do campo negocial da Lei n.º 12.850/2013, reconhecendo e endossando práticas premiais anteriormente existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, não podemos deixar de relevar o grande mérito legislativo em ter disciplinando o rito da colaboração³², mormente pela inclusão de um acordo escrito. Por outro lado, o excesso de proteção, que termina por desfigurar o sistema, reside numa necessidade demasiada de impor o comando judicial de forma precoce, via decisão homologatória do acordo ou direção de nebulosa atividade de adequação (agora indireta) da avença, mesmo antes que acusação e defesa tenham cumprido todas as promessas pactuadas. Esse paternalismo judicial exagerado impede a formação de um sistema adversarial tradicional, criando em verdade um sistema brasileiro de barganha penal peculiar e diferente dos demais, marcado pela insegurança, imprevisão e instabilidade. O grande problema desse rito cheio de minúcias e que exige do juiz um exercício de futurologia é que a complexa atividade de ajuste dos acordos seja colocada na cama de Procusto, com soluções carentes de constitucionalidade por ausência de razoabilidade.

Esse traço incongruente da atividade judicial no sistema de brasileiro, ao que parece, é único dentre os sistemas mais conhecidos. O legislador terminou criando uma zona cinzenta sobre a natureza do

não antevistas pelo legislador.

³² Romero (2017, p. 263) indica que a Lei 12.850/2013 é a única a prever um rito processual específico sobre a colaboração premiada, devendo ser interpretada sistematicamente e aplicada a outros delitos, em casos de lacunas legais, dada sua completude, reduzindo assim a discricionariedade e a arbitrariedade dos atores processuais sobre essa temática. Badaró (2015, p. 453) acena que a *mens legislatoris* em disciplinar o rito procedimental foi conter erros judiciários derivados de colaborações informais, donde não haveria justificativa em restringir dita garantia apenas ao crime organizado. Daí, também entende que, por analogia, a Lei n.º 12.850/2013 deve ser aplicada a todos os casos de colaboração premiada.

sistema de justiça negociada, envolvendo dúvidas sobre importantes elementos processuais, quais sejam: verdade, confissão e gestão da prova. Pretendeu avançar ao sistema de base adversarial, mas conservou nuances inquisitoriais estruturais. Como visto, proibiu a atuação judicial nas negociações, mas exigiu do juiz ato prévio de homologação e ainda direção da atividade de adequação do acordo, controlando a formação das vontades, instaurando um estado de contradição sistêmica gerador de insegurança processual. Em outros sistemas, a função do juiz é bem definida, assim como também são nitidamente visíveis os papéis de acusação e defesa. Embora existam algumas exceções³³, os atores processuais sabem quais são os seus pontos de partida e até onde podem chegar, seja por trilharem a vertente legislativa, ou mesmo por rejeitarem o texto de lei e adotarem como bússola as interpretações judiciais cristalizadas pela jurisprudência³⁴. O certo é que um sistema de justiça pretensamente adversarial e pautado no consenso não se coaduna com um paternalismo judicial exagerado, sob pena de quebra da autonomia das partes, desencadeando outras consequências indesejáveis.

No contexto brasileiro, e ligando-se âmbito da colaboração premiada, resta saber o que se pretende sobre o papel do juiz: i) a participação na formação dos acordos, buscando uma verdade calçada em robusta evidência e gestão da prova, com relativização da confissão³⁵;

³³ Turner (2006, p. 503) noticia que os Estados americanos da Flórida e Connecticut's aceitam a participação judicial nos acordos (*plea agreements*), embora o direito processual penal norte-americano seja notoriamente conhecido por sua natureza adversarial. No primeiro, a participação é mais comedida, permitindo aos juizes o esclarecimento às partes sobre o que pode ser objeto do acordo. Quanto ao segundo, a ingerência judicial chega ao ponto de o juiz indicar qual acordo seria aceitável, inclusive tocando ao mérito do caso. Entretanto, o juiz que participar da elaboração do acordo não pode presidir eventual julgamento envolvendo o mesmo acusado.

³⁴ Orlandi (2019, p. 14), prefere a lei à jurisprudência em matéria de colaboração premiada.

³⁵ Essa parte inquisitorial ganha maior reforço agora diante da possibilidade – ao que parece – de o juiz determinar *ex officio* a instrução prévia antes de analisar a eventual homologação do acordo de colaboração. Essa “hibridização” de sistemas é prevista em tribunais penais internacionais, conforme já explicitado aqui. Contudo, referidas cortes tem o diferencial de suportar implicações de cunho histórico e político em suas decisões, razão por que a verdade

ii) a ausência de participação na formação dos acordos, contentamento com a verdade consensual e ausência de iniciativa probatória; ou iii) a formação de um sistema híbrido, no qual elementos processuais possuem dupla face e a atuação judicial variará conforme o desenvolvimento do rito processual – ensejando a “justiça negociada adversarial à brasileira”. Pelo caminhar da jurisprudência e à luz das modificações legislativas já efetivadas, a terceira via parece ter largado na frente, fragilizando o combate à corrupção. A seguir, analisaremos o que tem ocorrido na prática, o que esperar do futuro e como a lei pode ser ainda mais aperfeiçoada.

2 QUEM DISSE QUE O JUIZ NÃO PARTICIPA DO ACORDO DE COLABORAÇÃO?

A participação dos juízes nos acordos é algo permitido e negado ao mesmo tempo. É como se houvesse uma quebra momentânea do princípio da unidade do ilícito. Embora exista expressa proibição legal, a própria lei permite que os acordos de colaboração continuem sendo modulados por juízo de adequação judicial. O juiz poderia participar do acordo, mas sem olvidar a advertência: “se for participar, não exagere!”³⁶. Eis aí o mote para o surgimento do nosso “juiz camaleão”, que pode ser definido, ao menos nesse momento nacional de incertezas jurídicas, como a figura principal em definir o alcance dos elementos estruturais do sistema processual penal negocial e o raio de atuação de cada ator, adaptando-os e adaptando-se às cores do sistema escolhido³⁷. Tudo vai girar em torno do grau de participação judicial. E para compreender

consensual, sem robusto substrato fático, não lhes seria suficiente no âmbito dos acordos penais. Sobre esse ponto específico, ver Damaska, (2010, p. 81).

³⁶ Em forma de analogia, tomamos de empréstimo a ideia de Mendes (2000, p. 124) ao explicar a possibilidade permitida por lei de produzir poluição ambiental: “Se poluir, não exagere!”.

³⁷ Ao comentar a atuação dos juízes do ICC e ICTY, sublinhando a oscilação das regras na formação da prova, Ambos (2003, p. 32) traz subsídios para resolução do nosso problema, ao concluir que: “*In sum, it is fair to say that the rules of evidence adopt, despite the broad powers of the Trial Chamber, a mixed approach combining civil and common law features. The practical application of these rules will ultimately depend on the legal background of the judges who are given sufficient discretion to conduct trials in accordance with their own preferences*”.

tal figura metafórica, analisaremos o papel do juiz ante três elementos processuais caros ao sistema de barganha penal brasileiro, que já foram aqui mencionamos, a saber: a verdade³⁸, a confissão e a gestão da prova³⁹.

A verdade, no contexto da Lei n.º 12.850/2013 apresenta dupla face. É inquisitorial quando: i) exige duplo controle judicial do acordo; ii) possibilita ao juiz a fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal; iii) prevê que o acordo de colaboração entre delegado e investigado seja homologado judicialmente, prescindindo da anuência ministerial; iv) concorda que o juiz *ex officio* promova a oitiva processual do colaborador e aceite prévia instrução do acordo; e ainda v) impossibilita condenação do colaborador com base apenas na sua palavra. Tudo isso mostra características inquisitoriais da verdade. Em contrapartida, possui linhagem adversarial quando: i) possibilita a barganha entre acusação e defesa sobre quantidade da pena, progressão de regime de execução de pena “ainda que ausentes os requisitos objetivos”; ii) permite a aplicação de perdão judicial até mesmo postulado por delegado em fase prematura

³⁸ Zilli (2019b, p. 98) rejeita o critério da verdade na distinção entre o sistema adversarial e inquisitorial, ao argumento de fragilidade do conceito de verdade como objetivo do processo e ainda diante do perigo de engrandecimento de tal meta. Segundo aquele autor, a única verdade possível seria a processual. Sempre pautado no respeito acadêmico, pensamos diferente. Independentemente dos adjetivos que complementem a verdade, ela é elemento chave na distinção entre sistemas processuais, justamente por delimitar a atuação dos atores processuais, conforme temos demonstrado ao longo do presente estudo. Na mesma direção, Ambos, (2003, p. 4).

³⁹ Damaska (2003, p. 119-120) desenvolve interessante pensamento ao discorrer sobre o secular princípio do ônus da prova, o qual vai ter dimensionada sua importância a depender da disposição processual sobre quem terá a iniciativa de produzir prova dentro da relação penal. Nas palavras do autor: “*Dove l’indagine sui fatti è principalmente compito del giudice, raramente tale onere grava esclusivamente sulle parti. La ripartizione degli oneri è evidente soprattutto nel processo penale, dove il giudice è tenuto (entro determinati limiti) a svolgere le proprie indagini indipendentemente dall’accusa e dalla difesa*”. Tal pensamento é justificativa para escolha do critério de gestão da prova como caminho a legitimar a atuação judicial. Em outra oportunidade (DAMASKA, 1997, p. 841), o mesmo autor trata das diferenças entre os processos anglo-americano (adversarial) e continental (inquisitorial), aduzindo que: “*These differences reach the high point in criminal procedure: while the continental criminal judge takes the lion’s share of factfinding activity, in Anglo-american lands procedural action is to a much greater extent in the hands of the lawyers for the prosecution and the defense*”.

do processo; iii) aceita acordos de não persecução penal⁴⁰, abortando a instrução probatória sob o crivo do devido processo legal; e ainda iv) endossa a suspensão das garantias processuais do acusado, notadamente o direito ao silêncio e a presunção de inocência, sobrevalorizando a confissão. Em tal perspectiva, a verdade é adversarial⁴¹.

A ausência de definição sobre a natureza da verdade irradia efeitos perturbadores sobre a confissão e tumultua a gestão da prova. Isso porque o valor da confissão e o poder de iniciativa probatória do juiz dependerão justamente do conceito de verdade estabelecido pelo legislador ou pela jurisprudência. Se o processo somente contenta-se com a verdade de matriz inquisitorial, a confissão por si só não tem serventia para condenação, apesar de ser útil na formação do convencimento judicial, e o juiz pode alargar *ex officio* o campo probatório. Se a verdade adversarial já é suficiente, a confissão tem o poder de encerrar o processo e o juiz não tem disposição própria sobre a produção de provas⁴². Quando a natureza do sistema é bem definida, verdade, confissão e gestão da prova atuam em sintonia⁴³. O contrário ocorre quando elementos dos sistemas se misturam na busca de uma tradução adequada, criando um *tertius genus*, um sistema híbrido⁴⁴. O surgimento de um sistema processual penal negocial

⁴⁰ Vide novo art. 28-A, do CPP e §4º, do art. 4º, da Lei n.º 12.850/2013, conforme Lei n.º 13.964/2019.

⁴¹ Langer (2004, p. 10) evidencia que o conceito de verdade tem efeitos diversos em cada estrutura processual. Enquanto o conceito adversarial de verdade pode ser relativizado por acordos (*plea agreements* ou *stipulations*), o mesmo conceito ganha tons absolutos na seara inquisitorial e o juiz tem legitimidade para buscar a veracidade dos fatos perante um contexto de prova, não se contentando com acordos. Assim, entendemos que os conceitos de verdade consensual ou adversarial são sinônimos.

⁴² LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law*, [s. l.], v. 45, n. 1, winter, 2004. p. 1-64, p. 10-11.

⁴³ Apesar das críticas envolvendo a passividade judicial norte-americana e o ativismo judicial alemão nos contextos de barganha penal, é imperioso admitir que a verdade, a confissão e a gestão da prova são elementos processuais bem definidos, o que termina por demonstrar certa previsibilidade e segurança.

⁴⁴ Damaska (1997, p. 844-852) adverte que a mescla entre sistemas processuais oriunda dos transplantes pode ocasionar problemas, exemplificando com a indefinição sobre a colheita das provas nos tribunais. Para o referenciado autor, os transplantes devem ser bem estudados, mormente quanto aos aspectos

híbrido, tal como albergado pela Lei n.º 12.850/2013, traz consigo, quase que como um parto natural, o nascimento de um juiz adequado ao novo modelo, o qual deve ser capaz de traduzir a vontade legislativa em unir a essência dos sistemas adversarial e inquisitorial durante o percurso processual⁴⁵, com sabedoria ainda para materializar o paternalismo judicial permeado ao longo da citada lei em diferentes contextos, sem afetar os pilares de um incipiente devido processo penal negocial.

Com efeito, o paternalismo judicial apresenta-se num dos seus traços mais marcantes quando exige que o juiz exerça uma prévia sindicabilidade do acordo de colaboração premiada, para fins de homologação⁴⁶. Parece-nos pairar uma presunção de vulnerabilidade permanente das partes. O legislador permitiu até a já questionada atividade diretiva de adequação do pacto, quando o juiz atuaria como uma espécie de moderador. Contudo, o juiz deve dirigir o acordo recatadamente, sem tocar ao *thema decidendum*, de modo que não esteja contaminado no momento da sentença⁴⁷. Deve perscrutar o acordo com precisão cirúrgica⁴⁸, sem

culturais do ordenamento receptor. Sobre a importância de entender os aspectos culturais em tal contexto, Chase (2005, p. 7) afirma que: “*Not only is the invocation of ‘culture’ defensible as a tool for understanding dispute processes; it is also necessary. It fills gaps left open by other studies of the relationship between disputing and society*”.

⁴⁵ Talvez aqui o salto legislativo encontre eco nas ideias de Langer (2004, p. 17) quando acena para a importância de considerar as diferenças e semelhanças entre tais sistemas, de modo a permitir a infiltração de ideias recíprocas, criando um quadro de evolução processual, mas sempre se atentando para as peculiaridades sociais, econômicas e políticas locais.

⁴⁶ Esse paternalismo poderia ter sido pior, eis que o projeto original (PL 150/2006) previa, no seu artigo 4º, a possibilidade de o acordo de colaboração ser feito por iniciativa judicial ou requerimento das partes.

⁴⁷ A doutrina é praticamente uníssona em dizer que o juiz deve fazer uma análise superficial, como se isso fosse tarefa fácil e sempre possível. Caso contrário, a nulidade é decretada, conforme decidiu o Ministro do STJ, Reynaldo Fonseca, no bojo do HC 354.800/AP, julgado em 19.09.2017. Aos nossos olhos, a construção de um modelo adequado de supervisão judicial dos acordos penais é um dos temas mais complexos da atualidade, demandando permanente estudo da comunidade jurídica nativa e internacional, tanto mais por conta do inacabado fenômeno de formação de sistemas híbridos.

⁴⁸ Ruga Riva (2002, p. 453-457) compartilha da necessidade legislativa de definir as hipóteses premiais de forma mais objetiva (*principio di precisione*), reduzindo a utilização de termos que ensejam discricionariedade judicial

cruzar o Rubicão, dentro de uma enorme sutileza processual e capacidade de profetizar a importância e a possibilidade empírica de verificação e refutação das cláusulas acordadas⁴⁹, tanto mais porque a expectativa é que a decisão homologatória seja coberta pela imutabilidade, com pretensa força vinculante, que poderá ser obstada pelo novo §2º, do art. 3º-C, do CPP.

A partir já deste ponto, o juiz começa a ter a possibilidade de conferir a tônica que lhe aprouver ao processo, seja de cunho adversarial, seja de ordem inquisitorial, ante a abertura legal. É o seguinte: se homologa um determinado acordo sem grandes exigências materiais quanto ao manancial probatório que sustenta por exemplo um pedido de perdão judicial ou mesmo um acordo de não persecução penal, concorda com a verdade adversarial; se, em idêntica situação, deixa de homologar o acordo por entender que não existe lastro probatório nos autos de modo a formar seu convencimento, mesmo após instrução prévia, adota a verdade de cariz inquisitorial. As consequências processuais de cada escolha repercutem de forma substancialmente diversas na atuação das partes. Nessa toada, a análise de alguns julgados do STF tem demonstrado que os juízes modulam dos acordos⁵⁰, tanto corrigindo ilegalidades quanto fazendo incursões (diretas e indiretas) sobre o mérito, sem, contudo, estabelecer um padrão de verdade^{51,52}. O certo é que o sistema processual brasileiro não possui um modelo uniforme de supervisão judicial

⁴⁹ Ferrajoli (2011, p. 8) explicita que a verificabilidade e a refutabilidade da acusação são condições exigidas pelo princípio da estrita jurisdição.

⁵⁰ É bem verdade que não há iniciativa e nem presença dos juízes nas negociações, como ocorre na Alemanha e na Irlanda, sendo que nesse último país se fala até em *plea bargaining* judicial, inclusive com reuniões fechadas entre acusação e defesa nos gabinetes dos juízes. Nesse sentido, quanto ao direito alemão, conferir Weigend (2008, p. 45 e ss.) e Turner (2006, p. 516 e ss.), com relação ao sistema irlandês, ver O'Connor (2019, p. 5-7).

⁵¹ A participação judicial no acordo de colaboração, glosando cláusulas ou readequando sanções premiais, modificando a relação entre as partes, foi considerada pelo STF, no HC 127.483/PR, Rel Min. Dias Toffoli, julgado em 27.08.2015, Tribunal Pleno, publicado em 04.02.2016, como “elemento de existência” do próprio negócio jurídico processual.

⁵² Quanto maior o abuso (*rectius*, ativismo das partes) nas cláusulas, ensejando ilegalidades, maior a participação judicial, e maior ainda será a possibilidade de ocorrência de nulidade processual.

do acordo de colaboração premiada, sem a identificação de um *standard* probatório mínimo para calçar as homologações.

Apesar de entender que a premissa do negócio adversarial deve ter como pano de fundo o protagonismo das partes, parte da doutrina⁵³ tem sinalizado que, em culturas processuais calcadas no protagonismo judicial, como é o caso da brasileira, a redução dos espaços de disponibilidade pelo poder de controle das formas e do conteúdo dos acordos não seria inconciliável com o modelo de justiça negociada, concluindo, porém, não ser possível justapor o modelo brasileiro àquele outro adversarial. O apego ao controle judicial se mostra até aceitável, porém, são grandes os riscos de que a adaptação ou mesmo tradução do sistema receptor gere um novo modelo⁵⁴. Entendemos que esse novo modelo realmente vem sendo lapidado pela jurisprudência e os juízes têm se adaptado⁵⁵ a esse novo paradigma⁵⁶, que traduz uma mescla de cores dos sistemas tradicionais, um *mix* processual. Essa adaptação judicial tem ensejado participação e direcionamento dos acordos e pode ser bem visualizada na Q.O. na Pet. 7074/DF, por meio de vários exemplos reais mencionados naquele acórdão,

⁵³ ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017, p. 3.

⁵⁴ ZILLI, 2017, p. 3.

⁵⁵ Tal fato foi reconhecido pelo Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da Q.O. na Pet. 7.074/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 29.06.2017, Tribunal Pleno, publicado em 03.05.2018, quando defendeu a necessidade de adaptação do instrumento da colaboração ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo considerações sobre as diferenças substanciais entre os sistemas raiz romano-germânica e anglo-saxão.

⁵⁶ Esse novo paradigma encontra eco na lição de Kuhn (1974, p. 84), quando constata que “*And all crises close in one of three ways. Sometimes normal science ultimately proves able to handle the crisis-provoking problem despite the despair of those who have seen it as the end of an existing paradigm. On other occasions the problem resists even apparently radical new approaches. Then scientists may conclude that no solution will be forthcoming in the present state of their field. The problem is labelled and set aside for a future generation with more developed tools. Or, finally, the case that will most concern us here, a crisis may end with the emergence of a new candidate for paradigm and with the ensuing battle over its acceptance*”. O Min. Celso de Melo, decano do STF, em seu voto na Q. O. na Pet. 7.074/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 29.06.2017, Tribunal Pleno, publicado em 03.05.2018, também reconhece existência de “um novo paradigma de justiça criminal, em que o elemento preponderante passa a ser o consenso dos protagonistas do próprio litígio penal”.

dentre os quais, citamos a rejeição e adequação das seguintes cláusulas: i) que previa possibilidade de pena máxima de vinte anos, mas só estipulava o regime prisional nos primeiros dois anos e dois meses, sem previsão de regressão; ii) que continha anuência do colaborador para acesso em contas bancárias e total movimentação financeira de terceiros; iii) que previa o direcionamento de 20% de tudo que fosse devolvido pelo colaborador para a Procuradoria da República em detrimento da Petrobrás, verdadeira vítima. Os exemplos listados denotam participação (*rectius*, paternalismo) judicial professoral⁵⁷, a qual persistirá a teor do §8, do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013. Nesse ponto, não há grande aprofundamento ao mérito das investigações, apenas simples juízo de legalidade.

D’outra banda, e agora a situação muda, o nosso “juiz camaleão” tem que potencializar suas habilidades, pois são várias as hipóteses nas quais o exame do mérito (juízo de fato) se mostra necessário, sob pena de julgar realmente tal qual Themis – com os olhos vendados⁵⁸. Com efeito, parte minoritária dos Ministros sustentou essa ideia com fortes argumentos⁵⁹. O Min. Gilmar Mendes defendeu o exame da legalidade via análise vertical dos fatos como pressuposto da homologação, exemplificando com a impossibilidade de aplicação prematura de perdão judicial já na homologação do acordo, quando não se tem base fática sólida para afirmar se o colaborador é ou não líder da organização e, caso seja isento de processo, não será mais objeto de investigação^{60,61}, deixando entrever

⁵⁷ O juiz atua como um professor, acenando para ilegalidades gritantes, quando não se constituem mesmo em inconstitucionalidades. Outros exemplos ilegais podem ser citados: i) cumprimento imediato de pena; ii) fixação de regime inexistente de cumprimento de pena; iii) compartilhamento de informações sigilosas de terceiros sem autorização judicial; iv) modificação de competência criminal etc.

⁵⁸ O próprio legislador determina que o acordo de colaboração seja remetido ao juiz com “cópia da investigação” (vide nova redação do §7, do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, conforme Lei 13.964/2019). Não teria sentido mandar remeter os autos da investigação e impedir a leitura judicial, ainda mais agora com instrução prévia permitida pelo novo §4, do art. 3º-B da Lei n.º 12.850/2013.

⁵⁹ O Min. Ricardo Lewandowski trilhou essa mesma linha no julgamento citado.

⁶⁰ Conferir: STF, Q.O. na Pet. 7.074/DF, Relator: Min. Edson Fachin, j. em 29.06.2017, Tribunal Pleno, publicado em 03.05.2018.

⁶¹ Badaró (2017, p. 143) lembra dos colaboradores imunizados e daqueles que já aceitam penas mais brandas prematuramente, os quais passaram ao largo

que encampa o conceito de verdade típico de sistemas inquisitivos. Por aí, comungando das razões de Sua Excelência, já se percebe que o “sistema adversarial à brasileira” comporta um conceito dúplice de verdade.

Outro exemplo tormentoso reside nos acordos patrimoniais, quando o colaborador renúncia parte de seu patrimônio, embora continue com outro montante menor. Sem adentrar ao mérito dos fatos (instrução), não há como o juiz descortinar se os bens negociados fazem parte ou não da empresa delitiva, sendo a legislação penal brasileira taxativa ao determinar a perda em favor da União do produto do crime ou de qualquer bem ou valor angariado pelo agente⁶². Noutro ponto, mas permanecendo ainda no âmbito patrimonial, face ao paternalismo judicial temporão contido na possibilidade de determinar a adequação do acordo⁶³, caberia também questionamentos sobre a razoabilidade das disposições patrimoniais pelo viés da legalidade e, sem dúvidas, pelo filtro da constitucionalidade. Nesse contexto, tanto uma participação judicial intrusiva⁶⁴ quanto a passividade judicial perante o acordo consistiriam em condutas permitidas pela Lei n.º 12.850/2013, tudo consequência de sua natureza híbrida.

Mais uma fonte de problema aparece quando o juiz analisa em conjunto as duas bandas do mérito (juízo de legalidade e juízo de fato), verificando se o caderno de investigações e sua base fática é congruente com o rosário de crimes inseridos no acordo. Isso ainda pode ser feito pois o juiz continua⁶⁵ como fiscal do princípio da obrigatoriedade da

de um controle judicial mais aprofundado, a luz de uma verdade discricionária, caso homologado o acordo de colaboração.

⁶² Art. 91, inciso II, alínea “b”, do CP brasileiro, quando trata dos efeitos da condenação.

⁶³ A lei fala em “adequação dos benefícios pactuados” e “adequação dos resultados” – puro juízo de razoabilidade, com ampla abertura, por isso, para atuação judicial, *vide* incisos II e III, do §7, do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013, respectivamente. A propósito, o que seria uma cláusula inadequada?

⁶⁴ Diversamente da participação judicial professoral, a participação judicial intrusiva é incisiva, como o próprio nome indica, tocando ao mérito do processo, avaliando provas e impondo ingerências substanciais no acordo, tal como proposto nos votos já aqui mencionados e proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

⁶⁵ *Vide* decisão liminar do STF, proferida pelo Min. Luiz Fux, já citada anteriormente.

ação penal (§2º, do art. 4º da Lei n.º 12.850/2013). Não fosse assim, criariamos uma alternância esquizofrênica ao tentar identificar quando deve ou não ser exercida a ação penal. Por certo, a todo o momento o juiz pode materializar o princípio da congruência⁶⁶. Contudo, diante de um sistema híbrido, o conceito esperado de verdade processual e o peso da confissão fática do colaborador dependerá da matriz sistêmica judicialmente adotada. Certamente, seria indesejada ou mesmo perigosa a admissão judicial de uma verdade consensual, amparada numa confissão descolada de um mínimo probatório, embora isso se mostre possível.

É permitido, desse modo, ao juiz modular o acordo de colaboração, analisando verticalmente e horizontalmente questões legais e meritórias no momento homologatório anterior à sentença⁶⁷. Se controla e modula o acordo, o juiz deve cerca-se de cuidados no ato homologatório. Isso porque a homologação implica em reconhecimento de que uma pretensão se encontra equivalente a um padrão predeterminado, como se o próprio pedido fosse julgado, sendo pressuposto para irradiação dos efeitos desejados e formação da coisa julgada material⁶⁸. Disso resulta o perigo de homologar acordos de colaboração sem exame dos fatos, com base fática raquítica, dada a possibilidade de incongruências insanáveis⁶⁹.

⁶⁶ Na Itália, a obrigatoriedade da ação permite que o juiz adentre ao mérito, acenando ao Ministério Público a correção da tipificação dos fatos, na forma do art. 423, do CPP italiano, conforme explica Sanna (2018, p. 126-128). Ainda na Itália, exatamente sobre o papel do juiz no contexto da colaboração processual, Omodei (2019, p. 2) explica que: “*Nell’analisi quindi delle ipotesi di collaborazione processuale in merito al delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso, non si può non tenere in considerazione il vincolo che grava sull’accusa di portare avanti l’azione penale, vincolo per il cui controllo è costantemente preposto l’organo giudicante, vero dominus della vicenda*”.

⁶⁷ Isso se confirma pela nova redação do §7º-A, do art. 4º, da Lei n.º 12.850/2013, incluído pela Lei n.º 13.964/2019.

⁶⁸ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review*, München, v. 7, n. 2, p.135-189, may.-aug., 2016, p. 155.

⁶⁹ Em razão da verificação judicial do acordo de colaboração em dois tempos, Bottini (2017, p. 191) adverte acrescentando que, mesmo em caso de mudança de competência judicial em virtude de foro por prerrogativa de função ou desmembramento de fatos criminosos noticiados e já homologados, o novo juiz ou tribunal não deve alterar a o exame legal anteriormente realizado

Muito embora o legislador tenha criado uma espécie ainda cinzenta de coisa julgada *secundum eventum probationis*⁷⁰, imperioso notar que há abertura legal para hipóteses clausuladas que sairão da mira judicial, gerando intocabilidade dos colaboradores, que apenas terão que cumprir o que foi acordado em desfavor de terceiros, retirando ou reduzindo seu passado criminal do âmbito instrutório.

Portanto, percebemos que o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, que sustenta um controle judicial superficial do acordo de colaboração, com o objetivo de preservar a imparcialidade judicial, não pode ser encarado com ar de naturalidade. Tudo perpassa pela maestria legislativa em equilibrar a segurança ao colaborador, sem quebrar a imparcialidade judicial. Se a boa intenção do legislador, ao exigir a dupla apreciação judicial do acordo, era garantir a segurança jurídica do colaborador, pensamos que essa invenção tem trazido mais problemas do que benefícios. Trata-se, nesse ponto, de inconciliável e extremo paternalismo judicial dentro de um sistema de justiça penal negociada, onde as partes devem assumir os ônus de suas condutas, sem prejuízo do controle judicial único da legalidade em momento oportuno. Como, então, alcançar o ponto de equilíbrio entre proteção ao colaborador e imparcialidade judicial?

3 CONTAMINAÇÃO JUDICIAL E (IN)SUPPORTABILIDADE SISTÊMICA: UM RÉQUIEM AO DUPLO EXAME JUDICIAL DO ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DO DIREITO COMPARATÍSTICO

Dentro de um diferente sistema negociado em formação, que vem recebendo densificação jurisprudencial e novos aportes doutrinários, o juiz deve busca o seu papel tendo por norte o texto constitucional e, mais precisamente, o devido processo penal⁷¹, estruturado numa gama de prin-

sobre a base fática. Segundo o autor, isso garantiria segurança jurídica, sem afetar a independência dos juízes.

⁷⁰ Didier JR e Bonfim, (2016, p. 167) constatam que o sistema processual penal recebe com desconforto esse novo regime de formação da coisa julgada, eis que as decisões homologatórias não possuem regulamentação legal específica em matéria de colaboração.

⁷¹ Algo semelhante ao *giusto processo* italiano, materializado pelo art. 111 da Constituição daquele país.

cípios relevantes. Dentre tais princípios, interessa-nos agora o postulado do juiz imparcial, arranhado pelos traços paternalistas e inquisitoriais do regime de colaboração. Ao que parece, as excessivas ingerências judiciais determinadas pelo legislador vêm causando mais problemas de ordem processual do que garantias aos colaboradores, pois são gênese de questionamentos sobre a imparcialidade judicial⁷². Ademais disso, ainda cabe mencionar outros problemas: i) conflitos de competência, os quais, por sua vez, podem resultar em agressão ao princípio constitucional do juiz natural; ii) conflitos de atribuição envolvendo também o princípio do promotor natural; e a iii) formação de uma perigosa verdade consensual entre juízos distintos.

Para escorar o quadro de contaminação judicial a ser esboçado, utilizaremos *mutatis mutandis* o estudo e os argumentos utilizados por Schünemann⁷³, onde o autor trabalha de forma inédita o problema da (im)parcialidade judicial. Transportaremos parte da argumentação ali reproduzida para a arena processual penal negocial brasileira. De antemão, faremos desde já duas constatações metodológicas. A primeira, não utilizaremos o ordenamento processual penal brasileiro como base

⁷² Mendes (2018a, p. 18) defende que o acordo falhado deve ser retirado dos autos. Inclusive, já houve projeto de lei (PL 8.613/2017) cujo conteúdo era tornar impedido do juiz que homologar a colaboração premiada para processar e julgar a ação penal respectiva dada perda da imparcialidade. Sem explicitar razões, o projeto foi retirado de análise pelo próprio autor. Agora, com a inclusão do art. 3º-B, no CPP pela Lei 13.964/2019, prevendo o juiz das garantias, teremos uma pequena redução dos prejuízos processuais, eis que o inciso XVII atribui a tarefa de homologar o acordo de colaboração àquele juiz, o qual também ficaria impedido de proferir a futura sentença, resguardando o princípio da imparcialidade. Contudo, outros problemas virão, pois a própria lei referida diz que, recebida a denúncia, o juiz da instrução não se vincula às decisões do juiz das garantias (§2º, do art. 3º-C, do CPP), incluindo fatalmente as decisões sobre o acordo de colaboração. Assim: quem seria o juiz responsável por homologar e julgar a colaboração feita após o recebimento da denúncia? O mesmo juiz da instrução? Ou o processo retornaria ao juiz das garantias para eventual homologação? Por hoje, o certo é que o polêmico juiz das garantias encontra-se suspenso, ante a decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux, no bojo da ADI 6299 MC/DF, com futuro incerto.

⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: GRECO, Luís. (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013b, p. 205-221.

para interpretação sistêmica, pois ainda destila em si inquisitorialidade em vários aspectos, notadamente na possibilidade de iniciativa instrutória judicial e decretação de medidas cautelares *ex officio*⁷⁴. Não fazendo essa exclusão, não haveria problema algum (como não tem havido) envolvendo o princípio da imparcialidade judicial. A segunda será de ordem delimitativa, pois o princípio da imparcialidade terá exame apenas no microsistema negocial da colaboração⁷⁵. Daí por que já ficam excluídos argumentos retóricos que se refiram ao sistema processual matriz, tais como recebimento de denúncia e decretação de prisões cautelares como atos decisórios que “não” implicariam em parcialidade⁷⁶.

Voltando ao estudo, Schünemann traça considerações sobre o sistema processual penal alemão, aduzindo que o juiz assume o domínio da ação penal logo após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, tendo acesso direito a totalidade do inquérito policial. O mesmo juiz, se receber a denúncia, será o competente para instruir e julgar o feito. A partir daí, e levando em conta a natureza inquisitorial do processo penal alemão, Schünemann lança mão da teoria da dissonância cognitiva⁷⁷ para demonstrar empiricamente a quebra da imparcialidade judicial. Por essa teoria, cada indivíduo tende a manter a harmonia das informações por si já incorporadas, rejeitando ideias contrárias àquelas já existentes. Para

⁷⁴ Conferir Zilli (2019b, p. 101-102).

⁷⁵ Mendonça (2017, p. 75) constata a existência de um microsistema brasileiro composto pelas demais leis que tratam de benefícios penais aos colaboradores e afirma que a Lei n.º 12.850/2013 é a principal desse microsistema.

⁷⁶ Em verdade, grande parte da problemática do sistema processual penal brasileiro nesse ponto se funda na prevenção como um dos critérios de fixação de competência jurisdicional. Enquanto parte dos países europeus evoluíram ao separar o juiz do julgamento dos elementos de investigação e mesmo da instrução processual, o sistema brasileiro permanece o mesmo de quase 80 anos atrás.

⁷⁷ Conferir Festinger (1957, p. 2-3), quando, de arranque, indica a substituição das palavras “incoerência” e “coerência” por “dissonância” e “consonância”, respectivamente, para, na sequência, explicar: “*The basic hypotheses I wish to state are as follows: 1. The existence of dissonance, being psychologically uncomfortable, will motivate the person to try to reduce the dissonance and achieve consonance. 2. When dissonance is present, in addition to trying to reduce it, the person will actively avoid situation and information which would likely increase the dissonance.*”.

isso, a teoria conta com o “efeito perseverança” e o “princípio da busca seletiva de informações”, os quais tendem a confirmar hipótese anteriormente considerada verdadeira, superestimando informações favoráveis e subestimando tudo que lhe for contrário. Haveria uma busca de informações, mesmo inconscientemente, para confirmar a hipótese inicial.

O experimento foi promovido por meio de uma simulação computadorizada de uma audiência de instrução e julgamento, com base em fatos criminais verdadeiros, previstos no § 120 do Código Penal Alemão (libertação, indução ou auxílio à fuga de presos). O caso abertamente tinha base para condenação e absolvição. Foram utilizadas quatro hipóteses e duas variáveis⁷⁸. As perguntas e repostas já estavam anteriormente preparadas e eram fornecidas no decorrer da audiência em tempo pelo computador, o qual era gerido pelo condutor da experiência. A base de dados era idêntica para todos os envolvidos, com o propósito de captar eventuais diferenças comportamentais apenas em razão da profissão dos envolvidos, a saber: 58 juízes criminais e membros do Ministério Público. A simulação, entretanto, teve a oralidade substituída pela forma escrita.

Sem maiores aprofundamentos na pesquisa, vamos direto ao ponto que *hic et nunc* nos interessa, ou seja, o resultado empírico quanto a primeira hipótese testada. De acordo com a pesquisa, todos os 17 juízes que tiveram conhecimento do inquérito condenaram. Por sua vez, houve equilíbrio entre os juízes que não foram municiados com aquele instrumento informativo, sendo 8 condenações e 10 absolvições. A primeira hipótese foi, portanto, confirmada: o conhecimento do inquérito, geralmente com inclinação incriminadora, conduz o juiz a condenar. O transporte desse resultado para o sistema negocial edificado pela Lei n.º 12.850/2013 nos

⁷⁸ As hipóteses foram: 1) o juiz que possui conhecimento prévio do conteúdo do inquérito condena com mais frequência do que o juiz sem aquele conhecimento; 2) durante a audiência de instrução e julgamento, o juiz que conhece previamente o inquérito erra mais no armazenamento de informações do que o juiz sem aquele conhecimento; 3) os erros são reduzidos quando o juiz desconhece previamente o inquérito e o percentual da redução será maior se o juiz puder formular perguntas aos sujeitos de prova; e 4) o juiz faz mais perguntas aos sujeitos de prova durante a instrução quando tem conhecimento prévio do inquérito. As variáveis, independentes e alternáveis, foram: 1) conhecimento do inquérito; e a 2) possibilidade de formular perguntas durante a instrução processual.

leva a concluir que há quebra de imparcialidade caso o juiz homologue o acordo de colaboração premiada e persista ele mesmo na prolação da correlata sentença. A conclusão merece explicação.

Se o juiz é, comprovadamente, como acabamos de ver, alvo do efeito perseverança e atua pautado no princípio da busca seletiva de informações apenas com o conhecimento do inquérito policial, muito mais influenciado será pela confissão do acusado e pelo exame direto dos elementos probatórios trazidos com acordo de colaboração. Imaginemos algumas situações possíveis: i) o juiz, de maneira fundamentada, rejeita o pedido de homologação do acordo, valorando a base fática existente; ii) o juiz homologa o pedido de acordo, que é cumprido, e sentencia o colaborador; iii) o juiz homologa o pedido de acordo, que é cumprido, e sentencia o delatado; iv) o juiz, em caso de descumprimento do acordo homologado, sentencia o ex-colaborador. Em tais hipóteses, o postulado do juiz imparcial é posto em xeque⁷⁹.

Além de inquirar a imparcialidade judicial, o paternalismo em análise desencadeia outros pontos de tensão processual. A veia utilitarista que viaja pelo “sistema adversarial à brasileira”, potencializada pelo vazio legislativo sobre definições específicas acerca da competência jurisdicional, tem gerado um quadro permanente de insegurança e materializado nulidades⁸⁰. As regras têm sido construídas casuisticamente, desnudando maior imprestabilidade da decisão homologatória do acordo de colaboração antes da sentença. Imaginemos o que de ordinário acontece na fase embrionária da colaboração. O colaborador geralmente noticia a

⁷⁹ Palomares (2009, p. 34) sinaliza a importância da aparência de imparcialidade, na linha dos julgamentos do TEDH, realçando que: “*Tan trascendental resulta la exigencia de imparcialidad que incluso las apariencias pueden revestir importancia, pues afectan, como ya se ha dicho, a la confianza de la sociedad en la justicia y en concreto a la de las partes en el proceso (Sentencias del TEDH, caso Piersack, de 1 de octubre de 1982, De Cubre, de 26 de octubre de 1984, o Hauschildt, de 24 de mayo de 1989)*”.

⁸⁰ Badaró (2016, p. 171-204) retrata bem esse quadro de insegurança, envolvendo as lacunas da lei que têm possibilitado manipulação das regras de competência, *ex post factum*, com burla ao princípio do juiz natural, inclusive citando processos reais para conformação de suas assertivas. Ao final, arre-mata: “Diante de uma má legislação, a jurisprudência em geral, é vacilante e insegura. Não se pode extrair dos julgados, em especial dos tribunais superiores, critérios seguros de aplicação”.

existência de vários crimes, com vários personagens, sem preocupação com questões técnicas sobre competência jurisdicional⁸¹. O membro do Ministério Público ou o Delegado objetivam desmontar toda empresa delitiva. Em contrapartida, o colaborador busca sua liberdade. Porém, que fazer quando os crimes têm jurisdições territoriais distintas?

Nessa hipótese, a doutrina tem notado a necessidade de uma atuação conjunta entre membros do Ministério Público atuantes em diferentes jurisdições⁸². Os vários fatos delitivos seriam cindidos e tomariam a forma de “anexos”. Parte dos anexos seria encaminhada para o respectivo juízo competente, o qual teria a possibilidade de homologar somente os fatos ocorridos em sua jurisdição. Outrossim, cada juízo apenas teria conhecimento dos fatos ocorridos em seu território. Ao final, teríamos um único acordo de colaboração sendo homologado (ou não) por vários juízos territorialmente distintos. Tal malabarismo jurídico⁸³ torna-se frágil diante de uma única divergência judicial interpretativa no momento de cada uma das futuras sentenças, por exemplo. Outro entrave residiria no momento do juiz avaliar o cumprimento do acordo e sua eficácia sem conhecer a íntegra da trama delitiva⁸⁴, o que seria essencial, por exemplo,

⁸¹ Esse problema, que envolvia a amplitude desmedida da colaboração, foi pensado pelo legislador reformador, a teor do novo §3º, do art. 3º-C, da Lei n.º 12.850/2013, incluído pela Lei n.º 13.964/2019. Entretanto, tendo em mira regras de experiência pelas quais os colaboradores buscam resolver toda gama de ilícitos de sua vida pregressa num só acordo, antecipo duas possibilidades: i) redução dos acordos de colaboração, por desinteresse dos colaboradores; ou a ii) inobservância dessa regra pela prática dos atores processuais, com aval da jurisprudência.

⁸² VERÍSSIMO, Carla. Principais questões sobre competência para homologação do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 122.

⁸³ Contra improvisações jurídicas, são precisas as palavras de Canotilho e Brandão (2017, p. 149): “Esta garantia do juiz legal é imprescindível para a salvaguarda da confiança comunitária no sistema de justiça penal, defendendo-o de manipulações atrabiliárias na designação do juiz da causa que comprometem a isenção e imparcialidade que devem constituir a marca-de-água do múnus judicial e assim a própria realização da justiça do caso”.

⁸⁴ A própria Lei n.º 12.850/2013 determina no §1º, do art. 4º, que: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social

na dosimetria da pena, já que os acordos geralmente trazem em si um espaço de fixação da pena em concreto. O novo §3º, do art. 3º-C, da Lei n.º 12.850/2013 vem como possível solução.

O STF também tem contribuído negativamente em matéria de competência, demonstrando desapego ao princípio do juiz natural, bem como ao princípio da independência funcional dos juízes. Isso porque, embora tenha firmado em mais de uma oportunidade⁸⁵ que a colaboração premiada, de maneira isolada, não serve como instrumento de definição de competência, consolidou, na sequência, o entendimento pelo qual lhe cabe exercer sua prerrogativa exclusiva de deliberar, dentre os anexos do acordo de colaboração, quais devem permanecer sobre sua competência⁸⁶, conferindo força vinculante aos acordos que homologar⁸⁷. Melhor dizendo: caso o colaborador cite no acordo o envolvimento de uma única autoridade com foro por prerrogativa de função no STF, toda investigação deve ser encaminhada àquela Corte, inclusive os anexos que não mencionem dita autoridade. O STF, então, após homologar o acordo, que repercutirá em toda investigação, filtra e escolhe os crimes que serão por si julgados. Na prática, o STF tem homologado acordos sem ser o juiz natural da causa.

E o grande problema é que a homologação do acordo vai produzir efeitos vinculantes ao desempenho do verdadeiro juiz natural da causa que receber (de volta) os anexos rejeitados pelo STF e que deverá instruir e julgar o mérito da demanda⁸⁸. Parte da doutrina entende que não há nada

do fato criminoso e a eficácia da colaboração”. Sem que o juiz tenha conhecimento integral dos fatos que estruturam o acordo, o comando normativo em tela torna-se letra morta, sendo foco de potencial nulidade.

⁸⁵ Ver Inq. 4428, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 23.06.2017. Conferir, ainda, Inq 4.130 QO, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 3.2.2016 e HC n.º 81.260/ES, Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJe 19.4.2002.

⁸⁶ Ver Inq. 3515, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 14.03.2014.

⁸⁷ É o que se depreende do dispositivo contido na decisão da Pet. 5244, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 19.12.2014, ora transcrita: “Ante o exposto, homologo o ‘Termo de Colaboração Premiada’. De fls. 3-19, com a ressalva acima indicada, a fim de que produza seus jurídicos e legais efeitos perante qualquer juízo ou tribunal nacional, nos termos da Lei 12.850/2013”.

⁸⁸ Por relevantes e oportunos, mais uma vez recorremos aos ensinamentos de Canotilho e Brandão (2017, p. 153): “Já não será assim, porém, se o STF não detiver competência para o processo em 1ª instância de tal réu. Neste quadro, o juízo homologatório do STF figurará perante o juiz competente para a causa

de ilegal nisso, uma vez que a decisão de homologação restaria preclusa e o juiz de instância inferior não teria legitimidade para modificar o que seria um ato jurídico perfeito⁸⁹. Todavia, discordamos desse entendimento. Se o STF não tem competência originária para homologar o acordo com relação àqueles que não têm o chamado “foro privilegiado”, o ato jamais poderá ser qualificado como “perfeito”, ante patente agressão ao postulado do juiz natural. A inconstitucionalidade não pode ser convalidada pela preclusão assim de maneira tão gritante e utilitarista, simplesmente pelo argumento de autoridade.

Ante a necessidade de delimitação da pesquisa, existem ainda muitos outros problemas que não serão abordados aqui⁹⁰. Mas o que já foi dito é suficiente para demonstrar que essas manobras jurídicas para definição de competência, além da atribuição de efeito vinculante a decisão homologatória, são decorrentes em grande medida da análise em dois momentos do acordo de colaboração. O vácuo temporal existente entre a homologação do acordo e a sentença fornece tempo para intensa movimentação dos atores processuais, sendo morada de boa parte das indagações relacionadas ao juiz natural e a imparcialidade do órgão julgador. Tudo isso ainda traz à reboque conflitos de atribuição envolvendo também o princípio do promotor natural e a própria atividades de investigação ministerial⁹¹, bem como contribui para formação de uma perigosa verdade consensual buscada a qualquer custo.

Entretanto, partindo para uma análise comparatística sobre colaboração premiada, encontramos algumas possíveis soluções para os problemas apontados. Dois dos países modelos na luta contra associações

como o juízo de uma qualquer outra corte de 1ª instância, não podendo vincular, dada a independência recíproca que entre ambos intercede”.

⁸⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 185-200, p. 190-192.

⁹⁰ Como problemas ligados à progressão de regime ante o juiz natural da execução penal, problemas referentes ao sobrestamento de inquéritos futuros em outros juízos etc.

⁹¹ É o que pode ser verificado no bojo da Pet 7065, Rel. Min. Edson Fachin, 2 Turma, j. 30.10.2018.

criminosas e agentes públicos corruptos, Itália e Estados Unidos⁹², têm rica experiência a ser estuda na área da justiça penal negociada. A parte que interessa mais precisamente ao nosso estudo repousa em duas figuras: i) o *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*; e ii) o *cooperation agreements*.

Na Itália, o legislador criou o *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione*, que alberga objetivos claros: i) garantir transparência no gerenciamento processual da colaboração; ii) estabelecer o momento e os limites do direito premial; iii) selecionar qualitativamente os colaboradores⁹³. Ante um significativo histórico de declarações falsas⁹⁴, a credibilidade e a confiabilidade deveriam sempre figurar em primeiro plano⁹⁵. Nesse contexto, o *verbale* pode ser conceituado como o instrumento escrito que possibilita o primeiro momento de controle da atividade colaborativa e, resumidamente, traça o espaço temporal e as diretrizes advindas do colaborador e que irão guiar a investigação criminal preliminar⁹⁶. O seu conteúdo é previsto em lei⁹⁷, tratando-se de evidente sinalagma entre o Estado e o colaborador, donde transparece a natureza contratual do *verbale*⁹⁸.

⁹² Utilizamos essa ordem, pois foi nessa ordem que as grandes associações criminosas cresceram.

⁹³ DE PASCALIS, Paola. Il problema della disciplina del verbale illustrativo in rapporto alla figura dei testimoni di giustizia (art. 16-quarter d.l. 15 gennaio 1991, n. 8). *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, fasc. 4, p. 1263, 1-23, 2004, p. 2.

⁹⁴ Orlandi (2019, p. 6-7) exemplifica com um dos famosos casos envolvendo falsas confissões e erro judiciário no processo penal sobre a morte de um magistrado, no ano de 1991, na cidade de Palermo.

⁹⁵ O art. 106, comma 4 do CPP italiano é uma das medidas para obtenção de confiabilidade do depoimento.

⁹⁶ Segundo Ruga Riva (2002, p. 264), *il verbale* é o verdadeiro coração da colaboração. De Pascalis (2004, p. 2, tradução nossa) sublinha o caráter preliminar e a forma resumida do *verbale*, conceituando-o como “[...] um documento programático que individualiza o perímetro da atividade declarativa que o colaborador prepara para formalizar em típicos atos de investigação preliminar, cristalizando o conteúdo da colaboração (ou do testemunho)”.

⁹⁷ Art. 16-quarter commi 1, 2, 4 e 5 da Lei n. 82/91.

⁹⁸ Giordano (2001, p. 56). Divergindo sobre dita natureza contratual, ver Omoidi (2019, p. 11).

Outrossim, diferentemente do acordo de colaboração do sistema brasileiro, que pode ser acessado e estudado por simples pesquisa em sites de busca na rede mundial de computadores tão logo o sigilo processual é quebrado, o *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione* é ainda um “objeto misterioso”⁹⁹ e cercado de cautelas. Talvez por isso, a doutrina italiana venha divergindo sobre pontos relevantes de sua aplicação¹⁰⁰, incluindo a sua própria natureza como de ato de investigação¹⁰¹, uma vez que a concessão das medidas de proteção ao colaborador perpassa obrigatoriamente pela análise de uma Comissão Central, regulada pelas normas do processo administrativo, formada por um Secretário de Estado (que preside a comissão), dois magistrados e mais cinco pessoas escolhidas dentre funcionários e oficiais com experiência em matéria de criminalidade organizada¹⁰². Todavia, ao nosso sentir, é evidente que o aspecto investigativo se sobrepõe ao administrativo.

Porém, o que diverge profundamente entre os sistemas italiano e brasileiro é o tratamento da imparcialidade judicial. Na Itália, qualquer decisão anterior que implique em mínima análise do mérito é motivo de quebra da imparcialidade judicial, causando impedimento para julgar o mesmo processo. Portanto, o *verbale illustrativo* sempre será um objeto desconhecido para o juiz que julgar o mérito do processo. A Corte Constitucional Italiana, desde o início do *giusto processo*, sempre foi bem sensível ao princípio da imparcialidade judicial, encarando-o como pedra de toque de todo sistema. Razão disso, as palavras do legislador constituinte reformador, que exigem um julgamento *davanti a giudice terzo e*

⁹⁹ LAUDATI, A. La collaborazione con la giustizia ed il verbale illustrativo dei contenuti: Un “oggetto misterioso” introdotto dalla legge 45/2001. *Diritto e giustizia*, Milano, n. 10, p. 1-34, 2003, p. 34.

¹⁰⁰ Conferir, por exemplo, De Pascalis (2004, p. 3-4). Ver, ainda, Ruggiero (2010, p. 1-6) sobre a validade das declarações feitas além do prazo de 180 dias.

¹⁰¹ Ruga Riva (2002, p. 263-264) extrai a natureza investigativa da nova redação do art. 12 comma 2 lett. b) do Decreto-legge 15 de gennaio 1991, n. 8. No mesmo norte, D'Ambrosio (2002, p. 127). Para Orlandi (2002, 172-173), o *verbale illustrativo* nasce como ato de natureza administrativa e somente toma a forma de ato de investigação penal com o acolhimento do colaborador ou testemunha pelo programa de proteção.

¹⁰² Conforme art. 10 do Decreto-legge 15 de gennaio 1991, n. 8.

imparziale (art. 111, da Constituição italiana), vêm sendo reforçadas ano a ano por várias decisões¹⁰³.

Embora criticado, não se pode negar a importância prática do *verbale illustrativo* ante as estatísticas¹⁰⁴. Suas semelhanças no cotejo com o acordo de colaboração brasileiro ressoam nítidas, desde o prazo para cumprimento do acordo até as finalidades legislativas intrínsecas em combater o crime organizado e a corrupção a partir de suas entranhas. Dada as similitudes, o exame comparatístico possibilita a extração e o conseqüente transplante daquilo que potencialmente pode servir de mecanismo de aperfeiçoamento do sistema de barganha penal no Brasil. Dois pontos chamam atenção: i) o juiz prolator da sentença só conhecerá o *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione* na fase de julgamento (*dibattimento*)¹⁰⁵, não podendo, em nenhum momento, adequar o acordo escrito elaborado entre o Ministério Público e defesa – cada parte assume o ônus de suas ações e omissões; e ii) o *verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione* poderá ser firmado entre o investigado e o chefe de polícia, mas desde que obtenha parecer favorável do Ministério Público, ou seja, a

¹⁰³ Conferir: Sent. 26 de outubro de 1990, n. 496; Sent. 12 de novembro de 1991, n. 401; Sent. 30 de dezembro de 1991, n. 502; Sent. 25 de março de 1992, n. 124; Sent. 22 de abril de 1992, n. 186; Sent. 26 de outubro de 1992, n. 399; Sent. 16 de dezembro de 1993, n. 439; Sent. 15 de setembro de 1995, n. 432; Sent. 24 de abril de 1996, n. 131; Sent. 6 de julho de 2001, n. 224; Sent. 5 de dezembro de 2008, n. 400; Sent. 3 de julho de 2013, n. 183. Na doutrina, Tonini (2018, p. 627) confirma a impossibilidade de um mesmo juiz participar de fases distintas do processo depois de proferir atos decisórios, sob pena de quebra da imparcialidade.

¹⁰⁴ Orlandi (2019, p. 12) informa que no primeiro semestre de 2016 cerca de 1.300 colaboradores estavam submetidos no programa especial de proteção, o que inclui cerca de mais 4.700 familiares ou parentes mais próximos, totalizando 6.000 pessoas em situação de proteção estatal.

¹⁰⁵ A lei prevê uma hipótese excepcional de a colaboração ter início no curso do *dibattimento*, mesmo sem o *verbale illustrativo* (Art. 16-quinquies, comma 3, do Decreto-legge 15 de gennaio 1991, n. 8). Nesse caso, o juiz deve conceder prazo de lei para redação do *verbale illustrativo*, podendo reconhecer, no momento oportuno, as atenuantes legais. Contudo, pela sistemática italiana referente ao princípio da imparcialidade, o juiz que tiver acesso prévio ao *verbale illustrativo* não deve julgar o mérito do respectivo processo. No mesmo tom, conferir Ruga Riva (2002, p. 268-269).

titularidade da ação penal e a possibilidade de colaboração não saem do domínio ministerial¹⁰⁶.

Por sua vez, no sistema americano, o ponto de comparação reside nos *cooperation agreements*¹⁰⁷, que se constituem em importantes instrumentos de investigação policial, sendo exemplo prático do famigerado “dilema do prisioneiro”. Isso porque o colaborador, geralmente ator coadjuvante de uma organização criminosa, aceita delatar às autoridades toda a trama criminosa, incluindo conhecimentos específicos que dificilmente seriam obtidos, em troca de benefícios penais, tendo contra si o medo de que outros comparsas delatem primeiro e obtenham melhores benefícios¹⁰⁸. O objetivo aqui não é obtenção de culpa do investigado, embora a confissão seja essencial. O alvo maior é identificar fortes indícios que permitam o desenvolvimento das investigações para desnudar os mais altos escalões das organizações criminosas, sendo comum a afirmação pelo qual “se usa o peixe pequeno para apanhar o peixe grande”¹⁰⁹. Do sistema adversarial americano, podemos extrair também dois pontos interessantes no confronto com a colaboração premiada brasileira e italiana, quais sejam: i) a presença de um acordo escrito¹¹⁰ que somente é valorado judicialmente no momento da sentença; e ii)

¹⁰⁶ Ver: Art. 11, comma 3, do Decreto-legge 15 de gennaio 1991, n. 8.

¹⁰⁷ Para Roth (2016, p. 754), é o documento que estabelece os termos do acordo entre promotor e delator.

¹⁰⁸ A inspiração normativa repousa nas Convenções de Palermo e de Mérida (*Article 26 of the United Nation's Convention Against Transnational Organized Crime – UNTOC* e *article 37 of the United Nations Convention Against Corruption*).

¹⁰⁹ STRANG, Robert R. Plea bargaining, cooperation agreements, and immunity orders. In: INTERNATIONAL TRAINING COURSE VISITINGS EXPERT'S PAPERS, 155., 2015, Japão. *Anais [...]*. Japão: UNAFEI, 2014. p. 30-37. (Resource material series, n. 92), p. 32.

¹¹⁰ O acordo escrito deve conter basicamente os crimes confessados pelo colaborador e a especificação do tipo de apoio às investigações sobre outros crimes praticados por terceiros, além da promessa do promotor público de submeter ao tribunal o pedido de reconhecimento da atividade colaborativa e seus respectivos benefícios acordados. Segundo Roth (2016, p. 753-754), essa prática de documentar as negociações tem se tornando mais comum recentemente, notadamente no *U. S. Departamento of Justice*. As razões propulsoras dessa necessidade de documentar as tratativas são duas: i) aumentar as garantias do colaborador, facilitando a captação do seu apoio; e ii) possibilitar a utilização

as autoridades de investigação dependem da aprovação do promotor público para formalizar acordos de cooperação¹¹¹.

Nesse aspecto, o desenvolvimento do estudo comparatístico e pontual entre os referidos sistemas de barganha penal mostra-se bastante promissor na busca por respostas ao nosso problema, sem olvidar o estudo empírico realizado por Schünemann. Constatamos assim que o sistema negocial brasileiro é o único dos três que: i) determina a dupla e prematura análise judicial do acordo de colaboração; ii) possibilita que o acordo seja “adequado” pelo juiz, implicando em participação, ao menos indireta, na construção do ato; iii) autoriza que um mesmo juiz rejeite, adeque ou homologue um acordo e ainda assim sentencie o colaborador; e, por fim, iv) permite que a atuação do Ministério Público seja rebaixada ao desejo da autoridade policial, ao possibilitar que o juiz homologue acordos dirigidos pela polícia sem anuência daquele órgão ministerial. Tais problemas são fruto da dupla análise judicial do acordo de colaboração premiada, figura legal que merece ser melhor ponderada pela comunidade jurídica brasileira.

CONCLUSÕES

Nossas conclusões sustentam as hipóteses iniciais, quais sejam: i) o paternalismo judicial exagerado, materializado pela dupla análise judicial do acordo de colaboração premiada, prejudica a construção do paradigma ideal de justiça negociada, eis que exige atuação judicial prematura, reduzindo o protagonismo das partes contratantes; ii) a dupla análise judicial do acordo de colaboração premiada relativiza o princípio da imparcialidade, conforme estudo empírico de Schünemann, e viola o princípio do juiz natural, ante manobras processuais noticiadas ao longo do texto, com o intuito de burla de competência jurisdicional; iii)

da colaboração em outros processos. Tais necessidades são reconhecidas também pelo sistema de justiça penal negociada do Brasil.

¹¹¹ Nessa linha: Strang, (2014, p. 33) e Thaman, (2019, p. 3). Contudo, este último autor lista alguns Estados em que excepcionalmente os tribunais obrigam os promotores a aceitar os acordos feitos entre polícia e investigado, exemplificando com o caso *People v. Stapinski*, julgado pela Suprema Corte do Estado de Illinois em 2015.

embora a Lei 13.964/2019 tenha trazido reais mudanças, permanece a indefinição sistêmica, viabilizando o surgimento da inusitada figura do “juiz camaleão”, o qual atua concomitantemente com características inquisitoriais e adversariais, evidenciado um perigoso sistema híbrido; iv) os problemas gerados pela dupla análise judicial do acordo de colaboração premiada são potencializados nesse sistema híbrido, o qual possibilita a variabilidade do *standard* probatório aceitável para homologação daqueles acordos, impedindo a identificação de um padrão de atuação judicial; v) nesse ambiente, os conceitos de verdade, o peso da confissão e a gestão da prova assumem natureza ambivalente, gerando insegurança jurídica; vi) por fim, ante as razões já delineadas e na esteira do direito comparatístico, a Lei 12.850/2013 deve ser alvo de mudança, prevendo a supervisão judicial do acordo de colaboração premiada somente ao fim de cada processo correlato, após esgotamento da atividade do colaborador, medida essa que simplificaria o rito, reduziria as chances de nulidades e, ao menos tempo, potencializaria o combate às organizações criminosas e à corrupção sistêmica, sem ferir garantias fundamentais dos colaboradores.

Nesse confuso panorama, o juiz deve atuar buscando sempre preservar o devido processo penal como ponto de equilíbrio do sistema, aguardando uma definição que pode ocorrer via modificação legislativa (conforme proposto) ou mesmo pela consolidação do sistema vigente, fruto de possível tradução realizada pelos atores processuais brasileiros. Caminhando pela seara da imparcialidade e sem ser molestado pelo vírus do utilitarismo, o juiz deve pautar sua atuação mirando a Constituição e todo o catálogo de garantias ali previstos, contribuindo assim para inocorrência de nulidades processuais, viabilizando a análise meritória e definitiva dos processos. Deve manter-se longe do populismo dos últimos tempos e abraçar as cores da razão até que o sistema processual penal de barganha brasileiro ganhe uma padronização capaz de traduzir mais eficiência e segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed? *International Criminal Law Review*, [s. l.], n. 3, p. 1-37, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 122, p. 171-204, ago. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica? In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 127-147.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 185-200.

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Revista Julgar*, Lisboa, n. 25, p. 161-178, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 133, p.133-171, jul. 2017.

CHASE, Oscar G. *Law, culture and ritual: Disputing systems in cross-cultural context*. New York and London: New York University Press, 2005.

DAMASKA, Mirjan R. *Il diritto delle prove alla deriva*. Trad. di Francesca Cuomo Ulloa (capp. IV, V, VI) e Valentina Riva (Prefazione, Introduzione, capp. I, II e III). Bolonha: Il mulino, 2003.

DAMASKA, Mirjan R. Negotiated justice in international criminal courts. In: THAMAN, Stephen C. (org.). *World Plea Bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010. p. 81-116.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAMASKA, Mirjan R. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments (1997). *Faculty Scholarship Series*, [s. l.], n. 1576, p. 839-852, 1997.

D'AMBROSIO, Loris. *Testimoni e collaboratori di giustizia*. Padova: Cedam, 2002.

DE PASCALIS, Paola. Il problema della disciplina del verbale illustrativo in rapporto alla figura dei testimoni di giustizia (art. 16-quarter d.l. 15 gennaio 1991, n. 8). *Riv. it. dir. e proc. pen.*, Milano, fasc. 4, p. 1-23, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Reflections on the 'hybridisation' of criminal procedure*. Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essay in honour of Professor Mirjan Damaska, Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. *Civil Procedure Review*, München, v. 7, n. 2, p. 135-189, may.-aug. 2016.

DURKHEIM, Émile. *Les règles de la méthode sociologique*. Collection: Bibliothèque de Philosophie Contemporaine. 16. ed. Paris: Les Presses Universitaires de France, 1967.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova York: Oxford, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. Prefazione di Norberto Bobbio. 10. ed. Bari: Editori Laterza, 2011.

FESTINGER, Leon. *A theory of cognitive dissonance*. Califórnia: Stanford University Press, 1957.

GIORDANO, P. Il verbale illustrativo a garanzia del rapporto. *Guida al diritto*, [s. l.], n. 11, 24.3.2001, p. 56, 2001.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1974.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Havard International Law*, [s. l.], v. 45, n. 1, p. 1-64, winter. 2004.

LAUDATI, A. La collaborazione con la giustizia ed il verbale illustrativo dei contenuti: Un "oggetto misterioso" introdotto dalla legge 45/2001. *Diritto e giustizia*, Milano, n. 10, p. 1-34, 2003.

MENDES, Paulo de Sousa. *A colaboração premiada à luz do direito comparado*. 2018. Texto escrito para Conferência proferida em 02.10.2018, na Escola Alemã de Ciências Criminais (EACC), organizada pelo Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CDPAL) e pelo Departamento de Direito Penal Estrangeiro da Universidade de Göttingen, sob a direção do Prof.

Dr. h.c. Kai Ambos e a Coordenação de Eneas Romero e Diego Reis, em 1-5 de outubro de 2018. 2018a.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. 5. reimpressão da edição de setembro de 2013, Coimbra: Almedina, 2018b.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena um Direito Penal do ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia de vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 53-101.

O'CONNOR, Eoin. *Negotiated justice – Ireland, England and Wales: plea-bargaining, deferred prosecution agreements and immunity from prosecution*. 2019. Trabalho apresentado ao Workshop e Conferência Internacional sobre Colaboração Premiada, 15 e 16 de abril de 2019, Lisboa, p. 1-25. No prelo.

OMODEI, Ricardo Ercole. *La collaborazione processuale in materia di associazione a delinquere di stampo mafioso: Brevi cenni alla disciplina italiana*. Destinatário: Paulo Roberto Fonseca Barbosa. Gottingen, Alemanha, 04 out. 2019. 1 mensagem eletrônica.

ORLANDI, Renzo. “Operazione mani pulite” e seu contexto político, jurídico e constitucional. *Constituição, Economia e Desenvolvimento*: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 8, n. 15, p. 378-405, jul.-dez. 2016.

ORLANDI, Renzo. *Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema d'incompatibilità a testimoniare. Il giusto processo: tra contraddittorio e diritto al silenzio*. Roberto E. Kostoris (a cura di). Torino: G. Giappicheli Editore, 2002.

ORLANDI, Renzo. *I collaboratori di giustizia nell'esperienza italiana*. 2019. Trabalho apresentado ao Workshop e Conferência Internacional sobre Colaboração Premiada, 15 e 16 de abril de 2019, Lisboa, p. 1-14. No prelo.

PALOMARES, Salvador Guerrero. *La imparcialidad objetiva del juez penal: análisis jurisprudencial y valoración crítica*. Pamplona: Thompson Reuters, 2009.

PANZAVOLTA, Michele. Reforms and counter-reforms in the Italian struggle for an accusatorial criminal law system. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, Chapel Hill, v. 30, n. 3, p. 577-624, 2005.

RIVA, Carlo Ruga. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.

ROMERO, Eneas. A colaboração premiada. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (coord.). *Crime organizado: análise da Lei n.º 12.850/2013*. São Paulo: Marcial Pons; CDPAL, 2017, p. 253-278.

ROTH, Jéssica A. Informant witness and the risk of wrongful convictions. *American Criminal Law Review*, New York, n. 737, p. 737-797, 2016.

RUGGIERO, Rosa Anna. Speciale programma di protezione e affidabilità del “pentito”. *Cass. pen.*, Milano, fasc. 7-8, p. 2512B, p. 1-6, 2010.

SANNA, Alessandra. *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative: questioni nuove di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2018.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Fifth edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013a, p. 298-326.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013b, p. 205-221.

STRANG, Robert R. Plea bargaining, cooperation agreements, and immunity orders. In: INTERNATIONAL TRAINING COURSE VISITINGS EXPERT’S PAPERS, 155., 2015, Japão. *Anais [...]*. Japão: UNAFEI, 2014. p. 30-37. (Resource material series, n. 92). Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/04ee/8da129e50f2cf4f8ce3cdc4df46bc3cabfa3.pdf?_ga=2.211568535.364331692.1552851463-661853801.1552851463>. Acesso em: 05 jun. 2019.

THAMAN, Stephen C. *Cooperation agreements in U.S. criminal law: do they enhance truth in factfinding in serious case?* 2019. Trabalho apresentado ao Workshop e Conferência Internacional sobre Colaboração Premiada, 15 e 16 de abril de 2019, Lisboa, p. 1-16. No prelo.

TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. Diciannovesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2018.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiation: a comparative view. *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, v. 54, p. 501-570, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

VERÍSSIMO, Carla. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 111-126.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005.

WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Second edition. Athens-London: The University of Georgia Press, 1993.

WEIGEND, Thomas. *The decay of the inquisitorial ideal: plea bargaining invades german criminal procedure*. Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essay in honour of Professor Mirjan Damaska. Edited by John Jackson, Máximo Langer and Peter Tillers. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 25, n. 300, p. 3-6, novembro, 2017.

ZILLI, Marcos. *Pactum virae*. O acordo de colaboração premiada no processo penal brasileiro. Liberdade de negociação e controle judicial. Complexo de Jano? 2019. Trabalho apresentado ao Workshop e Conferência Internacional sobre Colaboração Premiada, 15 e 16 de abril de 2019, Lisboa, 2019a, p. 1-31. No prelo.

ZILLI, Marcos. Transplantes, traduções e cavalos de troia. O papel do juiz no acordo de colaboração premiada. Leituras à luz da operação lava jato. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (coord.). *Corrupção: ensaios sobre a operação lava jato*. São Paulo: Marcial Pons; CDPAL, 2019b, p. 93-132.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço ao Professor Riccardo Omodei pela acolhida na cidade de Palermo e por sua gentileza em me conceder elucidativa entrevista sobre o funcionamento do “verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione”, entregando-me, inclusive, via e-mail, texto de sua autoria ainda pendente de publicação.

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 23/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/06/2020
- Avaliação 1: 08/07/2020
- Avaliação 2: 15/07/2020
- Avaliação 3: 20/07/2020
- Decisão editorial preliminar: 23/08/2020
- Retorno rodada de correções: 05/09/2020
- Decisão editorial final: 21/09/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (RO)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BARBOSA, Paulo Roberto Fonseca. Colaboração premiada, paternalismo processual e “juízes camaleões”: simplificação e eficiência do procedimento na luta contra a corrupção. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1301-1344, set./dez. 2020.
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.393>



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

Discursos sobre a corrupção nas votações do Supremo Tribunal Federal (2015-2017)

Corruption speeches in the votes at the Supreme Federal Court (2015-2017)

Daniel Fonseca Fernandes¹

Centro Universitário Jorge Amado – Salvador/BA, Brasil

danielfonsecafernandes@outlook.com

 <http://lattes.cnpq.br/6625659216862961>

 <http://orcid.org/0000-0003-2831-1524>

Tainan Bulhões Santana²

Universidade Católica do Salvador – Salvador/BA, Brasil

tainan.santana00@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6904902529045823>

 <http://orcid.org/0000-0002-9581-620X>

RESUMO: Este artigo analisa os discursos sobre a corrupção nas votações do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2015 e 2017. A pesquisa empírica realizada tem caráter qualitativo e utiliza técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, por meio da coleta e análise de decisões colegiadas do Supremo, referentes ao crime de corrupção passiva. A pesquisa se orienta pelo seguinte problema: quais discursos sobre a corrupção foram mobilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos colegiados entre os anos de 2015 e 2017? Para posicionar estes discursos, o trabalho reflete sobre categorias centrais do pensamento social brasileiro, como “patrimonialismo”, problematizando seus usos pelos juristas. A atuação do Supremo é

¹ Mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Penal e Processo Penal na UNIJORGE. Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões. Membro do NESP/UFBA. Membro do IBADPP. Advogado.

² Pós-graduando em Ciências Criminais pela UCSAL. Bacharel em Direito pela UFBA. Bacharel em Humanidades pela UFBA. Advogado.

contextualizada a partir dos fenômenos do Mensalão e da Lava Jato e as pressões por determinados resultados exercidas sobre a Corte. As relações com a imprensa, as pressões das agências judiciais e as disputas internas são destacadas como fatores importantes para compreender as decisões.

PALAVRAS-CHAVE: corrupção; Supremo Tribunal Federal; Mensalão; Lava Jato.

ABSTRACT: *This article analyzes the speeches about corruption in the votes of the Supreme Federal Court, between the years 2015 and 2017. This empirical research has a qualitative character and uses bibliographic and documentary research techniques, through the collection and analysis of Supreme collegiate decisions, referring to the crime of passive corruption. The research is guided by the following problem: which speeches about corruption were mobilized by the ministers of the Supreme Federal Court in the collegiate judgments between the years 2015 and 2017? To position these speeches, the work reflects on central categories of Brazilian social thought, such as “patrimonialism”, questioning their uses by jurists. The Supreme Court’s performance is contextualized based on the Mensalão and Lava Jato phenomena and the pressure for certain results exerted on the Court. Relations with the press, pressure from judicial agencies and internal disputes are highlighted as important factors in understanding decisions.*

KEYWORDS: corruption; Supreme Federal Court; Mensalão; Lava Jato.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Corrupção e patrimonialismo: os riscos do anacronismo; 2. Mensalão e Lava Jato: reposicionando o Supremo Tribunal Federal; 3. Os discursos sobre a corrupção no Supremo Tribunal Federal (2015-2017); Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa os discursos sobre a corrupção nas votações do Supremo Tribunal Federal (STF), entre os anos de 2015 e 2017. Com o objetivo de compreender as concepções políticas que norteiam as decisões da Corte, a análise dos julgados foi feita a partir do contexto posterior ao Mensalão (AP 470/MG) e contemporâneo à Operação Lava Jato,

encarados como marcos importantes que contribuíram para posicionar o STF nos debates públicos.

O Supremo tem vivenciado, nas últimas duas décadas, um processo intenso de ressignificação do seu papel. A expansão de sua atuação e aumento da exposição à sociedade fizeram com que a Suprema Corte passasse a figurar no centro da vida política brasileira.

Este processo se deu por uma série de fatores, destacados por Recondo e Weber³, que vão desde uma maior abertura para análise popular (por meio da assessoria de imprensa, transmissão televisionada e pela internet) ao ingresso dos ministros em rede sociais e aumento da frequência de suas entrevistas. Além disso, os autores também destacam algumas modificações normativas, que promoveram a ampliação das modalidades de controle de constitucionalidade e retiraram a necessidade de autorização prévia do Congresso para o exercício da competência penal originária.

As relações entre o Supremo e a sociedade se constroem a partir de conexões complexas. Se por um lado, essa abertura confere maior transparência à atuação do Tribunal, de outro, há uma exposição enquanto atores centrais da cena política, fragilizando, de certo modo, a legitimidade da Corte e expondo suas contradições.

É neste cenário que os discursos de combate à corrupção têm sido determinantes na conformação dos papéis das agências judiciais no Brasil e, em especial, do STF. As disputas discursivas em torno deste tema têm proporcionado uma série de ações, que buscam reconfigurar os limites e o alcance das normas incriminadoras.

Num contexto em que a corrupção é tratada como uma espécie de “mito fundador” da nação – do senso comum ao pensamento social brasileiro –, o combate à corrupção adquiriu, nas últimas décadas, centralidade política, passando a ocupar posição destacada nos órgãos de comunicação social, na plataforma das agências políticas e nas demandas das agências policiais e judiciais.

A primeira seção deste artigo se dedica a problematizar o tratamento da corrupção no pensamento social brasileiro, abordando,

³ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 88-94.

especialmente, a noção de patrimonialismo e sua utilização em grande parte dos discursos contemporâneos de combate à corrupção.

O momento atual da conjuntura da Suprema Corte e da política brasileira pode ser compreendida como um período pós-Mensalão (AP 470/MG). Esta ação penal, que envolveu réus que ocuparam altas posições ligadas ao governo federal, foi iniciada em julho de 2005, teve seu julgamento iniciado em 2012 e o esgotamento da fase recursal no primeiro semestre de 2014. A investigação, cobertura midiática e julgamento desta ação penal criaram, por uma década, um movimento com efeitos importantes na vida política do país, ao passo em que contribuíram para a reconfiguração do papel do STF no chamado combate à corrupção.

Ao tempo em que o Mensalão chegava a seu desfecho, foi iniciada a Operação Lava Jato. Este fenômeno também passa a ocupar um lugar central para pensar os discursos de combate à corrupção e o papel do Supremo Tribunal Federal. A partir deste momento, é preciso observar com atenção as relações do STF com a Lava Jato e os movimentos anticorrupção, para tentar compreender sua influência nos discursos e posturas dos ministros nas votações. A segunda seção do artigo se dedica a contextualizar e caracterizar estas dinâmicas, identificando suas relações com episódios e decisões importantes do Supremo.

A partir do objetivo mais amplo, de analisar os discursos do Supremo e de seus ministros sobre a corrupção, foi definido como objeto de análise decisões do STF sobre o tema. Como “corrupção” é um termo abrangente, com significados diversos, que remetem a práticas sociais e tipos penais variados, optamos por analisar decisões colegiadas⁴ do STF a respeito do crime de corrupção passiva, do artigo 317 do Código Penal⁵.

⁴ Apesar de estarmos cientes de que as decisões monocráticas dos ministros têm tido cada vez mais importância e centralidade no dia-a-dia da Corte, optamos por analisar as decisões colegiadas em que são fixados os entendimentos das Turmas e do Pleno, com maiores possibilidades de debate acerca do tema.

⁵ A corrupção passiva é crime cometido pelo funcionário contra a Administração Pública. O tipo penal apresenta a seguinte estrutura: Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

O recorte da pesquisa de jurisprudência, centrado neste crime em específico, justifica-se pelo tom dos debates sobre a corrupção no país, que assentam julgamentos morais mais rigorosos sobre os agentes públicos. Esta é uma premissa deste trabalho. Além disso, foi sobre o julgamento destes agentes públicos que o Mensalão se apresentou como “divisor de águas” da política nacional e dos papéis institucionais do STF⁶. A terceira seção deste artigo é dedicada à análise destes discursos.

Consideramos que o período nomeado de “pós-Mensalão” se inicia em 2014, com o julgamento dos embargos infringentes que esgotavam as possibilidades de recursos naquele caso. Deste modo, os acórdãos selecionados foram proferidos em julgamentos realizados entre os anos de 2015 e 2017.

Pensando o tema a partir das ciências criminais, buscamos construir uma análise que dialoga com premissas estabelecidas pela criminologia crítica, direcionando o enfoque aos “mecanismos institucionais”⁷, que constroem a realidade social do desvio e realizam os processos de criminalização, tendo na ação das agências punitivas um de seus objetos de análise. Neste sentido, não analisaremos causas, efeitos ou meios para reduzir a corrupção, como é recorrente nas pesquisas sobre o tema⁸.

A construção do trabalho orienta-se pela seguinte questão: quais discursos sobre a corrupção foram mobilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos colegiados entre os anos de 2015 e 2017?

Partimos da premissa de que as oscilações do papel atribuído ao Supremo Tribunal Federal no chamado combate à corrupção, entre o Mensalão e a Lava Jato (ora como canalizador da “voz das ruas”, ora como entrave a este combate), tem implicações importantes na construção dos

⁶ Ainda que figuras de destaque do Partido dos Trabalhadores (PT), como os ex-Ministros José Dirceu e José Genoíno, tenham sido condenadas por corrupção ativa, há uma ideia, mais ou menos difusa, de que se trata de um julgamento sobre agentes políticos que lesaram o patrimônio público.

⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 160.

⁸ MARANI, Sílvio César Zákha; BRITO, Mozer José de; SOUZA, Gustavo Costa de; BRITO, Valéria da Glória Pereira. Os sentidos da pesquisa sobre corrupção, *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 4, p. 712–730, jul./ago. 2018, p. 714.

discursos na jurisprudência da Corte, ampliando o alcance do tipo penal de corrupção passiva e fazendo avançar seu conteúdo político.

1. CORRUPÇÃO E PATRIMONIALISMO: OS RISCOS DO ANACRONISMO

A corrupção é tratada como “mal de origem” do Brasil, uma espécie de marca histórica do processo colonial brasileiro que condiciona as relações sociais no país. As ligações entre burocracia estatal, ineficiência e corrupção são uma constante em boa parte do pensamento social brasileiro. De certa maneira, os autores clássicos deste campo ajudaram a criar uma imagem da corrupção enquanto um elemento constitutivo da formação social do Brasil.

As obras de Sérgio Buarque de Holanda, Gilberto Freyre, Raymundo Faoro são bastante representativas desta tradição. O *mandonismo*, pensado por Freyre, pode ser entendido como o conjunto de instintos de posse e mando dos particulares, que estaria na base da construção dos abusos e violência da casa-grande. Para este autor, esta categoria serve para designar o “exagero privatismo ou individualismo” dos proprietários das terras no processo de colonização⁹.

A noção de *patrimonialismo* pode ser compreendida como a sobreposição dos interesses particulares na gestão da coisa pública. Esta ideia se tornou uma categoria central para descrição da “formação do Brasil”, especialmente a partir do trabalho de Sérgio Buarque de Holanda, no contexto da informalidade própria do *homem cordial*, avesso às formalidades, às regras impostas pela civilidade e seu potencial coercitivo¹⁰.

O patrimonialismo também é mobilizado e aprofundado por Raymundo Faoro, que apresenta o Estado patrimonial como empecilho para a “autonomia da empresa”, uma vez que restringe as liberdades públicas (econômicas, do livre contrato, da livre concorrência e da livre profissão)¹¹.

⁹ FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. In: *Obra escolhida*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguillar, 1977, p. 270.

¹⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146-147.

¹¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 35.

Outras categorias, igualmente problemáticas, compõem o imaginário social e acadêmico em torno da ideia de corrupção. Um bom exemplo é a categoria do “jeitinho brasileiro”, concebida por Roberto DaMatta. Supondo que nos Estados Unidos, na França ou na Inglaterra “as regras ou são obedecidas ou não existem”, o autor vai pensar no “jeitinho” enquanto “modo de navegação”, que atravessa continuamente as fronteiras da lei, sendo, para ele, um padrão de conduta marcadamente brasileiro¹².

Estas categorias concebidas por autores importantes do pensamento social brasileiro são centrais na construção das hipóteses históricas da formação colonial brasileira. No entanto, como observa Jessé Souza, a categoria do patrimonialismo, em especial, parte de uma concepção liberal e conservadora da sociedade brasileira, onde o “Estado patrimonial” aparece como causa do atraso nacional¹³.

O Estado é apresentado, nessa explicação, como local por excelência da corrupção, sendo tratado como entidade gerida por uma atitude particularista, dirigida à manutenção de privilégios e interesses privados. A confusão entre público e privado aparece como categoria que vai atravessar gerações de pensadores brasileiros para explicar o “estado atual das coisas”. Para Souza, o patrimonialismo vai ser apresentado como “maldição” ou “mal de origem”¹⁴.

A observação sobre a estrutura colonial brasileira a partir das noções contemporâneas de separação/confusão do público e o privado se apresenta como anacronismo histórico recorrente nos trabalhos sobre corrupção¹⁵. As referências frequentes e pouco contextualizadas a textos dos séculos XVI e XVII, como a Carta de Pero Vaz de Caminha, o livro de autoria controversa “A arte de furta” e os escritos do Padre Antônio Vieira, são um retrato desta prática em trabalhos acadêmicos.

¹² DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984, p. 97.

¹³ SOUZA, Jessé. O patrimonialismo é o problema brasileiro? *Revista Simetria*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 29-40, 2017, p. 33.

¹⁴ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵ ROMEIRO, Adriana. A corrupção na Época Moderna – conceitos e desafios metodológicos. *Revista Tempo*, v. 21, n. 38, p. 216-237, dez. 2015, p. 216.

A elevação do patrimonialismo à categoria mítica, que atravessa a história brasileira, serve para encobrir elementos centrais de sua formação social: a escravidão e a participação privada na apropriação da riqueza e manutenção das violências de dominação e exploração. O interesse particular vai ser apresentado como interesse “individual privado”, esvaziando o potencial de compreensão das classes dominantes nos rumos do país¹⁶. O mercado, concebido enquanto espaço virtuoso, vai ser apresentado como vítima dos atrasos impostos pelo patrimonialismo.

Mesmo na melhor produção da historiografia crítica, é possível identificar certa apresentação da corrupção e do patrimonialismo enquanto *vícios de origem*. Neste contexto, é possível identificar na obra de uma historiadora da importância de Lília Schwarcz as noções de patrimonialismo e corrupção enquanto “inimigos da República”¹⁷. A autora não realiza transposições simplistas nem pensa a corrupção como fenômeno exclusivamente brasileiro. Contudo, a forma como sua análise é construída apresenta dois graves problemas: uma linguagem bélica, adotando uma gramática de guerra, a partir da noção de *inimigo*, e o apelo à categoria da impunidade, para pensar a causa da perpetuação destas práticas e do “excesso de burocracia”¹⁸.

Este é o repertório mobilizado por setores das agências punitivas que buscam, nos dias de hoje, de maneira exponencial, o alcance das normas e práticas punitivas, com pouca preocupação com as estruturas democráticas. O discurso do inimigo é chave mestra que destrava os limites possíveis impostos pelo sistema jurídico às práticas punitivas.

É evidente que há base histórica concreta para pensar a ingerência do poder privado na gestão da punição, na distribuição de riquezas e acesso aos espaços de poder. Vários estudos sobre a punição de escravizados, por exemplo, revelam pistas importantes sobre esta realidade histórica¹⁹. Do mesmo modo, é correto afirmar que o colonialismo, suas práticas de

¹⁶ SOUZA, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 65.

¹⁸ *Ibidem*, p. 87-101.

¹⁹ BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. In: NEDER, Gizlene (Org.). *História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 27-62; LARA, Silvia Hunold. *Campos da violência: escravos e senhores na Capitania do Rio de Janeiro, 1750-1808*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

espoliação das riquezas, gestão da vida e naturalização das violências, opera também através da corrupção.

No entanto, é equivocado pensar a corrupção descolada da existência das práticas internacionalizadas do capitalismo, que se estabelecem por meio das grandes navegações, da conquista brutal dos territórios e do genocídio e escravização das populações não-europeias. Este modo de produção internacionalizado sempre admitiu, de uma forma ou de outra, as práticas que lhe sejam funcionais, especialmente nas antigas colônias, lucrando com elas, e ocultando suas relações umbilicais com os meios de circulação e apropriação da riqueza.

Diversas produções acadêmicas sobre a corrupção ignoram a historicidade dos sistemas políticos e econômicos, que, em cada época, condiciona as relações sociais, os padrões de desvio e o repertório punitivo. Portanto, pensar as relações de corrupção no Brasil exige pensar os modos de produção, suas formas de distribuição de riqueza e as relações entre Estado e mercado, entre poder público e iniciativa privada. Não é suficiente aplicar uma chave simplificadora que denuncia o uso da coisa pública como se fosse propriedade privada. Assim, é necessário deslocar certa identificação entre Estado e corrupção, que ainda é bastante presente no âmbito acadêmico e nos discursos dos juristas²⁰.

Atualmente, toda esta tradição do pensamento social brasileiro tem grande influência nos discursos produzidos por cientistas sociais e juristas que se propõem a apresentar interpretações sobre a corrupção. A noção do Estado centralizador como obstáculo à iniciativa privada vai reaparecer, de maneira anacrônica, sob a forma de “neopatrimonialismo”²¹.

É recorrente no discurso dos juristas a noção de “corrupção sistêmica”²², que, curiosamente, oscila entre o anacronismo das transposições

²⁰ As pesquisas de Sutherland, nos anos 1940, cumpriram uma função essencial de romper com os ciclos simplistas de explicação do crime nos circuitos de pobreza, miséria e subdesenvolvimento, ao expor a prática dos crimes no coração das grandes empresas norte-americanas. Ver: SUTHERLAND, Edwin. *Crime de colarinho branco*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 32.

²¹ SOUSA, Luís de. *Corrupção*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 48-49.

²² FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva, 2019, p.27.

históricas apressadas e o ar de novidade deste caráter “sistêmico” ou “endêmico”. Juristas conhecidos, como Luiz Flávio Gomes, a partir de um emprego curioso do conceito de patrimonialismo, passaram a mobilizar categorias como “cleptoplutocracia”²³, apresentada mais com uma função de panfleto político do que de categoria teórica.

Estas compreensões precisam ser problematizadas, tendo em vista suas influências nos discursos que compõem os julgados do Supremo Tribunal Federal. Três aspectos são importantes para esta análise. O primeiro, consiste na curiosa transposição da noção de patrimonialismo. Os membros das agências judiciais que têm protagonizado estes debates nos últimos anos – em especial, do Ministério Público e do Poder Judiciário – apresentam, por vezes, uma crítica à corrupção estatal sob as bases da crítica ao patrimonialismo do pensamento social clássico. Há neste fato um paradoxo interessante: no campo da punição, as altas frações do funcionalismo brasileiro (procuradores, juízes e ministros), sustentam abertamente um discurso anti-estatal, sem que estas bandeiras afetem seus próprios vencimentos ou lhes reduza o espaço de poder no cenário político e institucional²⁴.

Estes discursos são mobilizados sem constrangimento, ignorando, por exemplo, a crítica dos autores clássicos à constituição do Estado estamental e o papel dos bacharéis e demais sujeitos das agências judiciais. Como num passe de mágica, os portadores destes discursos se colocam *fora do problema*, como agentes externos capazes de *provocar a mudança necessária*. As relações entre patrimonialismo e bacharelismo²⁵ são colocadas à sombra.

O segundo aspecto consiste no fato de que muitos destes atores, com papel central na Lava Jato, chamados por Chaloub e Lima de juristas

²³ GOMES, Luiz Flávio. *O jogo sujo da corrupção*. Bauru: Astral Cultural, 2017, p. 233.

²⁴ Algumas pistas sobre as posições corporativas e interesses de frações da classe média podem ser observadas em: BOITO JR., Armando. Lava Jato, classe média e burocracia de Estado. In: _____. *Reforma e crise política no Brasil: os conflitos de classe nos governos do PT*. Campinas: Editora da Unicamp, 2018, p. 253-264.

²⁵ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2019, p. 81-87.

políticos, apresentam uma evidente “percepção rebaixada e corrupta do Estado”, responsável pelo *atraso*, ao passo em que o *mercado* é representado como lugar do moderno, da inovação e progresso econômico²⁶.

O terceiro aspecto consiste na necessidade de manter certa desconfiança crítica em relação aos discursos de produção de verdade oficial. Ao longo da história, há vários registros de acusações de corrupção para deslegitimar adversários políticos²⁷, sendo um expediente comum a governos autoritários, que, não raro, têm nos “corruptos” a imagem de um inimigo importante a ser combatido, por meio de uma confusão intencional entre o jurídico e o moral²⁸. No campo da política, disputa-se uma determinada superioridade ética e pureza moral de princípios, sendo fundamental evitar os estigmas da corrupção.

Além da influência destas categorias, que remetem à composição social do Brasil e são determinantes na expressão dos juristas, é preciso também compreender os dois fenômenos que marcam de forma decisiva os debates sobre a corrupção no Brasil e suas influências no Supremo Tribunal Federal.

2. MENSALÃO E LAVA JATO: REPOSICIONANDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir do julgamento do Mensalão, o STF passou por um processo mais intenso de abertura às influências da opinião pública ou à “voz das ruas”²⁹. As pressões da imprensa, dos movimentos sociais mais

²⁶ CHALOUB, Jorge; LIMA, Pedro Luiz. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do golpe de 2016 no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 49, n. 1, p. 202-252, mar./jun. 2018, p. 216.

²⁷ MOURA, Denise. Jogo de acusações: denúncias de *mau governo* e competição de interesses na América portuguesa. In: BIASON, Rita; LIVIANUI, Roberto (Org.). *A corrupção na história do Brasil*. São Paulo: Editora MacKenzie, 2019, p. 54.

²⁸ KIRCHHEIMER, Otto. Criminal Law in National Socialist Germany. In: SCHEUERMAN, William. (Ed.) *The Rule of Law Under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Los Angeles: University of California Press, 1996, p. 174-175.

²⁹ RECONDO; WEBER, *op. cit.*, p. 72.

ou menos organizados e, posteriormente, das redes sociais, passaram a exercer um efeito conformador mais visível nas decisões do Supremo.

No campo da política criminal, é possível observar um curioso *movimento de bumeranque* nos discursos sobre a corrupção. As agências judiciais³⁰, em grande medida, fomentam políticas de ampliação do alcance das normas incriminadoras, insuflando movimentos sociais e alimentando a mídia de informações selecionadas, com objetivo de alçar o combate à corrupção à condição de pauta prioritária no país.

Estes grupos *devolvem* às agências judiciais uma demanda para fortalecer o combate à corrupção a qualquer custo, seja através de uma cobertura midiática massiva e interessada, seja através de propostas legislativas ou reivindicações coletivas nas redes sociais ou nas ruas. Deste modo, o movimento que ganha corpo entre as agências judiciais – dentre as quais se destaca o Ministério Público Federal (MPF) – retorna como *pressão por resultados*³¹ nos processos contra a corrupção, produzindo um especial efeito conformador nos Tribunais.

É este *retorno* que pretendemos analisar no presente artigo, por meio da análise dos discursos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos colegiados sobre o crime de corrupção passiva.

A premissa adotada – de que os conceitos de patrimonialismo e corrupção, desenvolvidos no pensamento social brasileiro, são centrais para a conformação das manifestações contemporâneas dos juristas – se soma à necessidade de situar a Corte em relação aos fenômenos recentes que provocaram uma importante reconfiguração de seu papel. Parte daí a escolha de analisar a jurisprudência do STF sobre o crime de corrupção passiva, uma vez que a noção mais difusa de corrupção está relacionada a uma ideia de máquina estatal “pesada”, burocrática, que representa um entrave ao mercado e seus atores.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 60-61.

³¹ Os resultados pretendidos nos movimentos *anti-corrupção* são sempre decisões condenatórias. Através desta maneira de pensar, estes movimentos contribuem para deslegitimação do processo penal, uma vez que a absolvição (resultado tão legítimo quanto a condenação), é equiparada à complacência com o *crime*, sendo identificada à categoria problemática da *impunidade*.

Tomando o julgamento do Mensalão como ponto de partida, é essencial compreender a atuação da mídia para observar o entrelaçamento das pressões sobre a Corte. Algumas leituras, como a apresentada por Joaquim Falcão³², atribuem papel central aos órgãos de imprensa, desde o recebimento da denúncia ao julgamento do processo. A apresentação inicial dos fatos pela imprensa e o “batismo” do esquema de corrupção a partir de uma entrevista do deputado delator são momentos destacados por Luis Felipe Miguel e Aline Coutinho³³ para compreensão destas influências.

Se nos primeiros meses do “escândalo” foi possível perceber um comportamento “incendiário” por parte dos grandes meios de comunicação, nos meses seguintes havia certa tentativa de recomposição, quando as implicações passaram a atingir o Ministério da Fazenda, comandado então por Antônio Palocci. Este movimento de grandes jornais, nos primeiros momentos do Mensalão, entre 2005 e 2006, apesar de ter tido um caráter de denúncia “personalista” da corrupção, focado em desgastar e responsabilizar o Partido dos Trabalhadores (PT) e o ex-Presidente Lula, não se encaminhou para propostas mais radicais que propusessem uma reformulação econômica e política ou de ruptura do modelo de democracia representativa³⁴.

Especialmente na fase de julgamento do Mensalão, iniciada em 2012, a cobertura pela mídia foi retomada com maior intensidade, com transmissões frequentes, resumos dos acontecimentos do dia e altos níveis de audiência. A narrativa construída por meio da atuação de veículos da grande imprensa brasileira estabeleceu papéis dos sujeitos envolvidos no julgamento: ao Procurador Geral da República (PGR) eram reservadas expressões elogiosas, que ressaltavam seu heroísmo e coragem, destacando o caráter “técnico” de sua atuação; de outro lado, réus como José

³² FALCÃO, Joaquim. Direito, mídia e opinião pública. In.: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento*. Supremo, mídia e opinião pública. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. XXIII.

³³ MIGUEL, Luis Felipe; COUTINHO, Aline. A crise e suas fronteiras: oito meses de “mensalão” nos editoriais dos jornais. *Opinião pública*, Campinas, v. 13, n. 1. jun. 2007, p. 98.

³⁴ *Ibidem*, p. 120-121.

Dirceu, figura central do Partido dos Trabalhadores, eram retratados de forma depreciativa³⁵.

A proporção do caso e a forma de exploração pela imprensa tiveram efeitos importantes no julgamento do Mensalão e em seus desdobramentos, sendo peça central para reposicionar o Supremo nos debates públicos, a ponto de alguns ministros responderem diretamente a alegações da imprensa durante a leitura de seus votos³⁶.

Dentro da Corte, os papéis atribuídos aos Ministros Joaquim Barbosa (relator) e Ricardo Lewandowski (revisor) também são reveladores destas pressões e da maneira de construção deste escândalo político nos órgãos de comunicação. A construção de uma imagem heroica em torno da atuação de Barbosa contrastava com a imagem sempre suspeita de Lewandowski.

O ponto central que interessa a esta análise é que a extensão da cobertura midiática e construção das narrativas em torno dos atores envolvidos reforçou a *pressão* sobre a Corte para condenação dos acusados. Neste movimento, o que se verifica é que a própria legitimidade do Supremo Tribunal Federal é colocada em questão, como se dependesse de um resultado já sabido e desejado pela grande imprensa e parte da opinião pública, sendo possível afirmar que, de certa maneira, o próprio STF estava no banco dos réus³⁷.

Compreender as pressões sobre o Supremo Tribunal Federal passa por observar a postura de editoriais e textos de opinião publicados em grandes jornais de circulação, que apontavam que os ministros também estariam sendo julgados no Mensalão. Diversos textos veiculados na imprensa escrita afirmavam que haveria prejuízos à imagem do Tribunal em caso de absolvição dos principais atores do processo, em especial, aqueles ligados ao Partido dos Trabalhadores³⁸.

³⁵ ARRUDA, Alexandre da Silva. *O julgamento do caso Mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?* Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014, p. 67.

³⁶ HARTMANN, Ivar A. O julgamento e a opinião pública. In.: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento. Supremo, mídia e opinião pública*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 26-27.

³⁷ ARRUDA, *op. cit.*, p. 124.

³⁸ BIROLI, Flávia; MANTOVANI, Denise. A parte que me cabe nesse julgamento: a Folha de S. Paulo na cobertura ao processo do “mensalão”. *Opinião*

É curioso observar que estas pressões também partiam de dentro do próprio STF, ressoavam na imprensa e retornavam como *mais pressão por condenações*. As manifestações de ministros à véspera de votos importantes, por entrevistas e artigos na imprensa, e as manifestações ao longo das sessões depreciando as motivações dos votos de seus colegas, reforçavam os papéis criados aos atores envolvidos e buscavam condicionar sua atuação³⁹.

Nos últimos atos do Mensalão, entre os anos de 2013 e 2014, esta situação se tornou ainda mais explícita. Os novos ministros nomeados pela então Presidente Dilma Rousseff – Teori Zavaski e Luís Roberto Barroso – foram retratados como indivíduos colocados na Corte para proteger os aliados do governo. O Ministro Gilmar Mendes falou à imprensa em um projeto de transformar o STF em uma “corte bolivariana”⁴⁰, argumento que passou a ecoar com mais força, nos anos seguintes, por meio de movimentos que defendem o fechamento da Corte.

Outro ponto importante do julgamento consistiu na decisão em torno do cabimento ou não dos embargos infringentes, modalidade de recurso prevista no regimento do STF. Na narrativa de parte importante da imprensa, reconhecer o cabimento dos embargos significava garantir a impunidade dos acusados⁴¹, já que adiaria o trânsito em julgado da condenação.

Neste e em outros episódios, houve manifestações relevantes tanto na imprensa quanto nos embates entre ministros, no sentido de desqualificar os votos proferidos em favor dos acusados, apontados como manifestações “políticas” e “não técnicas”.

O episódio mais marcante foi a discussão entre os Ministros Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso sobre a dosimetria da pena, em que Barbosa admitia ter aumentado a pena apenas para evitar a prescrição, ao mesmo tempo em que classificava a manifestação de Barroso – pela redução das penas – como política. O Ministro Barroso, a esta época,

Pública, v. 20, n. 2, p. 204-218, ago. 2014, p. 212-213.

³⁹ ARRUDA, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 101.

⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

afirmava que não tomava decisões com base nos jornais, que não se preocupava com a repercussão de suas decisões⁴².

As pressões internas, fizeram também do Mensalão um marco importante para redefinição de concepções teóricas apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal. Dois exemplos muito importantes são a adoção deturpada da teoria do domínio do fato⁴³ – utilizada para realizar uma espécie de responsabilidade penal pela posição ocupada – e o alargamento do alcance do tipo penal de corrupção passiva⁴⁴ – tornando mais flexível a exigência da prática de ato de ofício como contrapartida pelo recebimento de vantagem indevida.

Na hipótese de Singer, o Mensalão é um dos elementos centrais para a ocorrência de um realinhamento das bases eleitorais no cenário nacional. O PT perdeu boa parte do apoio da classe média, que havia composto o eleitorado da primeira vitória presidencial do partido, em 2002⁴⁵. Mesmo assim, o lulismo foi capaz de articular forças, com grande base de apoio popular, resultando na reeleição de Lula, em 2006, e mais duas eleições de Dilma Rousseff, em 2010 e 2014. No entanto, é preciso não simplificar as relações entre estes grandes processos de criminalização e possíveis interferências no processo eleitoral, pois esta análise exige maior cuidado e consideração de outros fatores, que não compõem o objeto do presente artigo⁴⁶.

⁴² *Ibidem*, p. 96.

⁴³ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123-168.

⁴⁴ QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470/MG do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 106, p. 181-214, jan./mar. 2014.

⁴⁵ SINGER, André. *Os sentidos do lulismo: reforma gradual e pacto conservador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 53.

⁴⁶ Como exemplo das complexidades dos reflexos eleitorais das operações anticorrupção: TELLES, Helcimara. *Corrupção, legitimidade democrática e protestos: o boom da direita na política nacional?* In: SOLANO, Esther; ROCHA,

Iniciada no ano de 2014, a Operação Lava Jato tornou-se o símbolo dos movimentos de combate à corrupção, alçando os membros da chamada Força Tarefa (membros da Polícia Federal e do Ministério Público Federal) e o então juiz Sérgio Moro à condição de atores centrais na vida política brasileira. A Operação, que teve início no mesmo mês dos julgamentos dos embargos infringentes do Mensalão⁴⁷, tem sido tratada como detentora de “personalidade própria” na esfera pública, passando a ocupar posição de “instituição” com maior destaque no país, em matéria de justiça criminal.

As pressões que se exerciam de fora e de dentro do Supremo Tribunal Federal ganham outra proporção, já que não é mais o Supremo o foro do julgamento de grande parte dos casos da Operação, mas a instância que deve “chancelar ou não” as práticas adotadas nas investigações e processos da Lava Jato. Mesmo nos casos do exercício da competência penal originária, julgando figuras centrais da vida política brasileira, havia certa atmosfera de validar ou não as práticas realizadas pela Lava Jato no primeiro grau de jurisdição. Os atores do sistema de Justiça que protagonizam a condução deste novo escândalo passaram a exercer pressão de maneira peculiar sobre o Supremo Tribunal Federal.

Se o Supremo, sob certa perspectiva, deu uma resposta aos “clamores da sociedade” no Mensalão⁴⁸, ao longo da Lava Jato, foi construída uma imagem da Suprema Corte como entrave às pretensões do consórcio de atores do sistema de justiça que estava à frente da Operação⁴⁹. Pretendemos analisar se esta percepção, do STF como contraponto às aspirações da Operação, encontra reflexos mais concretos nos julgamentos da Corte.

Uma determinada imagem do Supremo enquanto tribunal garantista e independente das pressões populares e midiáticas foi

Camila (Org.). *As direitas nas redes e nas ruas*. São Paulo: Expressão Popular, 2019, p. 55-89.

⁴⁷ JUSTI, Adriana. Lava Jato completa 6 anos com 293 prisões; ‘Está longe de acabar’, diz delegado. **G1**, Rio de Janeiro, mar. 2020.

⁴⁸ SOUSA, José Augusto Garcia de. As vozes do Supremo e a sociedade. In.: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento*. Supremo, mídia e opinião pública. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 25-26.

⁴⁹ RECONDO; WEBER, *op. cit.*, p. 20-22.

profundamente alterada pelos processos de abertura mencionados. Divisões internas entre grupos de ministros, com diferentes concepções acerca dos limites dos processos penais e do respeito às garantias constitucionais, já eram notadas no Mensalão e permanecem, com reconfigurações, ao longo da Lava Jato.

O discurso do Ministro Barroso é representativo para compreender o comportamento da Corte ao longo deste período. Pouco tempo após se tornar ministro, em 2013, Barroso afirmava que “ser juiz significa imunizar-se contra o contágio das paixões”⁵⁰, ao mencionar sua posição no Mensalão, especialmente no episódio já mencionado, em que abriu divergência sobre o cabimento dos embargos infringentes, quando se contrapôs à posição do Ministro Joaquim Barbosa.

Nos últimos anos, o Ministro Barroso vem defendendo um papel do STF em “empurrar a história”, inclusive por meio do combate à corrupção. Para tanto, o ministro vangloria a tomada de posição do STF no Mensalão, afirmando que a “cidadania” impulsionou as mudanças na Corte a partir deste caso. O Supremo teria “interpretado esse sentimento” vindo da sociedade civil⁵¹. O tom geral destas manifestações assenta sobre uma premissa frágil de tornar o direito penal mais rigoroso para os “do andar de cima”, a partir da ação de “juízes corajosos”⁵².

A adesão irrestrita do Ministro Barroso – e outros, como os Ministros Luiz Fux e Edson Fachin – aos objetivos mais diretos dos membros da Operação Lava Jato é evidente, com contornos que extrapolam meros alinhamentos ideológicos no espectro político. Estas relações podem ser reposicionadas a partir das comunicações e conexões estabelecidas com os membros da Operação, expostas pelas diversas mensagens divulgadas

⁵⁰ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-03/stf-imune-paixoes-opiniao-publica-ministro-barroso>>. Acesso em 02 jun. 2020.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil (prefácio). In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas* São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019, p. 09-19.

⁵² FERNANDES, Daniel Fonseca. Você não ouviu o samba que eu lhe trouxe. *Empório do Direito*, Florianópolis, jun. 2018. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/voce-nao-ouviu-o-samba-que-eu-lhe-trouxe>>. Acesso em 30 jun. 2018.

na série de reportagens conhecida como Vaza Jato⁵³. Os membros da Operação, muitas vezes buscaram pressionar, constranger e acuar ministros do STF com posições divergentes das suas.

Para além destas ligações diretas entre membros da Lava Jato e do Supremo Tribunal Federal, é possível perceber também que os vínculos da Operação com a imprensa ocuparam um papel central na narrativa hegemônica do *lavajatismo*, indutora de medidas concretas na política criminal, inclusive da jurisprudência da Suprema Corte.

As conexões complexas entre a grande imprensa e as agências judiciais é retratada por Feres Jr., Barbarela e Bachini como uma relação de “mutualismo”, em que ambos se beneficiam, sem necessariamente desenvolver uma interdependência fisiológica. Para estes autores, a Lava Jato possibilita uma mudança de paradigma das práticas da imprensa sobre os escândalos políticos, em razão de certa suavização das ligações com os partidos tradicionais de centro-direita e uma aproximação intensa com instituições do sistema de justiça⁵⁴.

A tendência geral desta ligação entre imprensa e agências judiciais, na Lava Jato, teve como efeito central a redução da política à moral, num processo frequente de deslegitimação das instituições políticas de representação direta pelo voto, com especial enfoque nas ações e investigações direcionadas contra o Partido dos Trabalhadores⁵⁵.

Por outro lado, o discurso construído sobre as agências judiciais é marcado por sua caracterização enquanto instituições neutras, que realizam trabalho técnico. Há assim um sentido de “superioridade moral perante o mundo corrupto da política”⁵⁶.

É preciso observar que os bônus políticos da Operação e de sua exposição midiática se dirigem à figura personalizada de determinados juízes, em especial Sergio Moro, e ao grupo de Procuradores

⁵³ FILHO, João. Como Barroso, Fachin e Fux blindaram a Lava Jato no STF. *The Intercept Brasil*, out. 2019.

⁵⁴ FERES JR., João; BARBARELA, Eduardo; BACHINI, Natasha. A Lava Jato e a mídia. In: KERCHE, Fábio; FERES JR., João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 200.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 208-214.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 217.

Federais a frente da Operação. O STF não colhe os frutos dessa imagem de órgão técnico e neutro. Antes o contrário, o Supremo é alvo frequente das pressões para que valide os atos praticados no contexto da Lava Jato.

O próprio Sergio Moro, curiosamente tomado como o maior símbolo da Operação, havia escrito, anos antes, ao avaliar a operação Mãos Limpas, na Itália, sobre a necessidade de manter o “interesse do público elevado” por meio do constante fluxo de revelações, que, se utilizando de prisões, confissões e publicidade gerariam um “círculo virtuoso”⁵⁷. Na 13ª Vara Federal de Curitiba, onde exerceu suas funções, havia uma assessora de imprensa, que fornecia à mídia narrativas sob a perspectiva das agências policiais e judiciais⁵⁸.

Também são conhecidas as relações diretas dos membros da Operação com determinados jornalistas e órgãos de comunicação alinhados a seus interesses mais imediatos, que recebiam informações em primeira mão, ao passo em que retribuía, por vezes, com informações sigilosas⁵⁹. É possível afirmar que os grandes meios de comunicação e alguns sites de notícias se transformaram em verdadeiros “porta-vozes” da Operação Lava Jato⁶⁰. Os vazamentos seletivos de informações e a narrativa construída a partir delas são centrais na conformação das pressões.

Estas relações estabelecidas no contexto da Operação Lava Jato encontram uma hipótese explicativa nas práticas de *lawfare*, ou seja, no uso estratégico do direito com objetivo de deslegitimação de determinados inimigos. Uma das dimensões centrais, nesta prática, é o uso da imprensa para obter determinados efeitos, como a legitimação de operações direcionadas, viabilização de condenações sem provas suficientes, fomento à

⁵⁷ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

⁵⁸ AUDI, Amanda. Entrevista: “a imprensa ‘comprava’ tudo”. Assessora de Sergio Moro por seis anos fala sobre a Lava Jato. *The Intercept Brasil*, out. 2018.

⁵⁹ BALTHAZAR, Ricardo. Mensagens vazadas da Lava Jato indicam favorecimento a jornalistas aliados. *Folha de São Paulo*, dez. 2019.

⁶⁰ LEAL FILHO, Laurindo Lalo. O jogo combinado da Lava Jato com a mídia. In: RAMOS FILHO, Wilson; NASSIF, Maria Inês; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; GONÇALVES, Mírian. *Relações obscenas: as revelações do The Intercept/BR*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 31-33.

exigência da condenação pela opinião pública e indução a uma percepção generalizada de culpa⁶¹.

Este conjunto de fatores compõem um arsenal de pressões bem dirigidas com o objetivo de pressionar as agências judiciais a “validar” as práticas da Lava Jato. Cria-se uma atmosfera, a partir destas ações, em que divergências em relação às medidas tomadas na Operação se tornam sinônimo de complacência com a corrupção e suspeição dos atores judiciais. A pressão destes movimentos chega ao Supremo Tribunal Federal, produzindo efeitos concretos.

As relações dos ministros com as “vozes das ruas” se apresenta de forma complexa no período pós-Mensalão. A voz das ruas – elemento histórico a autorizar práticas autoritárias no campo do direito penal⁶² – passa a se misturar, em grande medida, com as mensagens emitidas pela imprensa e movimentos sociais organizados, alimentados pelas agências judiciais e policiais da Operação. A voz que chega aos ouvidos do Supremo Tribunal Federal tem o timbre que vem dos gabinetes da Operação Lava Jato.

As conexões entre Procuradores da Lava Jato e movimentos da sociedade civil foram utilizadas, em diversos momentos, para fazer pressão nas decisões do STF, como na escolha do Relator da Lava Jato na Corte, após a morte de Teori Zavaski, orquestrando uma campanha contra nomes específicos, como os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Os procuradores da Lava Jato buscavam “um jeito elegante de pressionar”, fazendo parecer que a origem de vários movimentos no campo da política criminal direcionados ao STF eram demandas espontâneas da sociedade civil, como forma de conferir maior legitimidade e não “melindrar o STF”⁶³.

As pressões que partiam do grupo de Procuradores da Lava Jato não poupavam sequer a Procuradoria Geral da República, órgão máximo

⁶¹ ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019, p. 51-72.

⁶² CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 171-178.

⁶³ NEVES, Rafael; MARTINS, Rafael Moro. ‘Vou te pedir pra ser laranja em outra coisa’. Deltan e Lava Jato usaram Vem Pra Rua e instituto Mude como lobistas para pressionar STF e governo. *The Intercept Brasil*, ago. 2019.

do Ministério Público com atribuição para atuar nos casos de foro de privilegiado perante o STF. O relato do próprio Procurador Geral, Rodrigo Janot, registra as tentativas de interferência dos Procuradores da Operação no caso das denúncias contra o ex-Presidente Lula⁶⁴.

Neste cenário, é preciso compreender que o Ministério Público (MP) se tornou protagonista no cenário institucional brasileiro. Para Kerche e Marona, o MP passou, desde a redemocratização, por um processo multifatorial de autonomização, que possibilitou a ocorrência de dois desdobramentos essenciais: (i) tendências monopolistas dentre as instituições penais (passando a abarcar procedimentos de investigação, com chancela do STF, e definição de penas, por meio da delação premiada); (ii) protagonismo político, apresentando-se como instituição neutra, com pretensão de “representação total do interesse da sociedade brasileira”⁶⁵.

É esta estrutura que possibilitou ao Ministério Público articular relações próximas com a imprensa, determinar a pauta de movimentos sociais, negociar estratégias com o juiz da causa e pressionar o Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, as agências judiciais que compõem a Lava Jato centralizam a pauta da política criminal, sob o signo do combate à corrupção, e se colocaram como atores essenciais do cenário político nacional.

Neste cenário, diversas decisões importantes foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal sob a explícita influência dos membros da Lava Jato, nos bastidores, nas redes e na imprensa. Um caso exemplar é a virada de entendimento da Corte a respeito do cumprimento de pena após condenação em segunda instância, em 2016⁶⁶, que passou a ser tratada como pauta prioritária, essencial para o combate à corrupção.

⁶⁴ JANOT, Rodrigo. *Nada menos que tudo*. São Paulo: Planeta Brasil, 2019, p. 172-173.

⁶⁵ KERCHER, Fábio; MARONA, Marjorie. O Ministério Público na Operação Lava Jato: como eles chegaram até aqui? In: KERCHER, Fábio; FERES JR., João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 69-100.

⁶⁶ AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017; ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução

É observando este cenário de reconfiguração do papel do STF, a partir das pressões de dentro e de fora da Corte, nos processos do Mensalão e da Lava Jato, que este artigo analisa as manifestações dos ministros sobre a corrupção, nas votações realizadas entre os anos de 2015 e 2017.

3. OS DISCURSOS SOBRE A CORRUPÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2015-2017)

O acesso aos discursos dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a corrupção foi realizado através da coleta de decisões judiciais. A análise qualitativa destes julgados tem como objetivo identificar os principais argumentos mobilizados pelos ministros, no contexto dos movimentos de reposicionamento do STF no cenário político brasileiro.

O universo de análise⁶⁷ definido para esta pesquisa consiste na totalidade dos acórdãos (decisões colegiadas) do Supremo Tribunal Federal a respeito do crime de corrupção passiva, entre janeiro de 2015 e junho de 2019. Para acessar este conjunto de decisões, foi utilizado o mecanismo de pesquisa de jurisprudência do site do STF, em novembro de 2019, por meio da função de busca pelo dispositivo da legislação, selecionando o artigo 317 do Código Penal como filtro. Foram encontrados, entre janeiro de 2014 e junho de 2019, cento e vinte e dois acórdãos.

Em virtude do tamanho dos documentos e das possibilidades de realização desta pesquisa, foram selecionadas as decisões proferidas entre janeiro de 2015 e dezembro de 2017, compreendendo, deste modo, o ano seguinte ao fim do Mensalão e o início da Lava Jato, até o ano anterior as eleições presidenciais de 2018.

Deste universo, obteve-se a amostra operacional de 55 (cinquenta e cinco) acórdãos, que foram analisados ao longo desta pesquisa. Estes

da condenação sujeita a apelos extremos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 709-730, mai./ago. 2018.

⁶⁷ PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H.; LAPERRIÈRE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Álvaro. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 168.

acórdãos foram predominantemente proferidos pelas Turmas do STF, havendo apenas cinco julgados pelo Plenário da Corte⁶⁸.

Desta amostra, foram identificados em sete acórdãos discursos sobre a corrupção que extrapolavam a mera análise dogmática do tipo penal. A partir da análise documental, foram identificadas seis categorias a partir discursos apresentados: (a) elogio da Lava Jato e paralelo com o Mensalão; (b) criminalização de grupos políticos; (c) visões sobre a impunidade; (d) corrupção enquanto tragédia brasileira; (e) os limites do Estado de Direito; e (f) as reações do STF. Cada uma destas categorias será analisada de maneira separada, buscando facilitar a compreensão destas manifestações.

3.1 ELOGIO DA LAVA JATO: PARALELO COM MENSALÃO E OS OBJETIVOS DA CORRUPÇÃO

Uma das primeiras categorias que podemos destacar nos julgados da era “Pós-Mensalão” é o elogio inicial à Operação Lava Jato, sendo tratada pelos ministros como o maior fenômeno de corrupção já verificado no país. Esta perspectiva, que eleva a Lava Jato a uma condição superlativa, surge da comparação com o Mensalão, em que o Ministro Gilmar Mendes chega a afirmar, de forma irônica, que o Mensalão seria de competência do “juizado de pequenas causas”.

De outro lado, também foram traçados paralelos entre os dois casos, afirmando a semelhança entre os eventos, pela perspectiva de que seria “difícil separar o ‘Mensalão’ do ‘Petrolão’” (termo que se refere às investigações da Lava Jato), pois teriam um núcleo duro idêntico, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes⁶⁹.

⁶⁸ Esta predominância ocorre em razão da mudança regimental que, logo após o Mensalão, em 03 de junho de 2014, alterou o art. 5º, inciso I, do Regimento Interno do STF, estabelecendo as Turmas como local para julgamento das ações penais originárias contra Deputados Federais e Senadores, que representam a maior parte dos detentores do foro por prerrogativa de função perante aquele Tribunal.

⁶⁹ HC 128.278/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Teori Zavascki – julg.: 18.08.2015.

O Ministro Celso de Mello, no mesmo contexto, afirmou que desde o Mensalão tem-se visto que a corrupção contaminou as instituições estatais e o aparelho do Estado como um todo, e que esse fato pode ser observado a partir dos diversos elementos de informações que teriam sido reunidos graças a Lava Jato⁷⁰.

Apesar do discurso recorrente da similaridade do Mensalão e as condutas investigadas pela Lava Jato, a Suprema Corte também faz certas diferenciações e aponta peculiaridades em cada evento, que revelariam, por exemplo, que no Mensalão a corrupção teria se instalado para atingir fins políticos, enquanto os casos investigados pela Operação Lava Jato não teriam apenas propósitos essencialmente políticos, mas também de enriquecimento ilícito⁷¹, pessoal, dando um tom de maior reprovabilidade desta conduta.

Em outros momentos, a Corte expressou um discurso que não diferencia a destinação das verbas oriundas da corrupção para campanhas políticas ou para enriquecimento pessoal, como nos votos do Ministro Luís Roberto Barroso^{72,73}.

Deste modo, os discursos dos ministros apresentam, em linhas gerais, uma visão positiva sobre a atuação da Corte no Mensalão e traçam um cenário de maior gravidade sobre os crimes imputados no contexto da Lava Jato. O que transparece dos discursos é a necessidade de, mais uma vez, agir com rigor diante dos casos de corrupção, seja ela destinada ao financiamento da atividade política ou enriquecimento particular.

3.2 CRIMINALIZAÇÃO DE GRUPO POLÍTICO E FISIOLÓGISMO

Outro discurso que se apresenta nos acórdãos analisados é de que a corrupção teria se impregnado no seio de determinadas agremiações partidárias, degradando a atividade política no país.

⁷⁰ HC 137.728/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Edson Fachin – Red. Acórdão: Dias Toffoli – julg.: 02.05.2017

⁷¹ HC 128.278/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Teori Zavascki – julg.: 18.08.2015.

⁷² AC 4.327 AgR-terceiro/DF – STF – Primeira Turma – Rel. Marco Aurélio – Red. Acórdão: Luís Roberto Barroso – julg.: 26.09.2017.

⁷³ Inq 4.327 AgR-segundo/DF – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson. Fachin – julg.: 19.12.2017.

Na esteira dos paralelos traçados entre o Mensalão e a Lava Jato, nota-se um discurso de criminalização de determinados grupos políticos, principalmente o grupo que “estava no poder” quando foram deflagradas as investigações em questão. Por esta perspectiva, afirma-se que certos partidos políticos teriam se apropriado do Estado para extrair benesses, tanto para o próprio partido como para seus líderes e colaboradores, afirmando assim que o cenário de corrupção julgado pelo STF seria na verdade uma forma de governança. Apesar das ressalvas do Ministro Celso de Mello, que afirma não estar “incriminando a atividade política”⁷⁴, as censuras direcionadas a determinados grupos políticos são evidentes.

Neste sentido, o maior enfoque das críticas no paralelo entre Mensalão e Lava Jato é o Partido dos Trabalhadores (PT), que ocupou a presidência de 2003 ao começo de 2016. Outros partidos, que compuseram a base dos governos petistas também são retratados de forma pejorativa, em menor grau, como o Partido Progressista (PP) e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

O maior destaque ao Partido dos Trabalhadores e seus líderes – em especial os ex-Presidentes Lula e Dilma – também aparece na análise das manchetes dos principais jornais do país sobre a Lava Jato, entre 2014 e 2018, numa tentativa frequente de associá-los mais diretamente aos crimes imputados na Operação⁷⁵.

Estas reflexões feitas nos julgamentos de processos da Lava Jato, eram reforçadas ao longo das votações, chegando a inferências que “dado partido político seria contra as privatizações das empresas estatais não por ideologia, mas por fisiologia”, já que, de certa forma, haveria uma utilização privada das estatais, na medida que elas eram subordinadas aos interesses daquele grupo, conforme as palavras do Ministro Gilmar Mendes⁷⁶.

Neste ponto, há um desdobramento essencial dos discursos que identificam a corrupção às atividades do Estado, apresentado como um entrave indevido à privatização. Por este discurso, busca-se, de forma

⁷⁴ HC 137.728/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Edson Fachin – Red. Acórdão: Dias Toffoli – julg.: 02.05.2017.

⁷⁵ FERES JR.; BARBARELA; BACHINI, *op. cit.*, p. 222-223.

⁷⁶ HC 128.278/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Teori Zavascki – julg.: 18.08.2015.

direta, vincular a posição contrária à privatização à corrupção. Faz parecer que só o interesse em praticar atos de corrupção justifica a contrariedade aos processos de privatização. Criminaliza-se, deste modo, a divergência ideológica, a divergência de concepções sobre o Estado. Na outra face da moeda, reside a ideia do desenvolvimento da atividade privada como campo virtuoso, alheio a estes processos de apropriação indevida.

Os primeiros registros desses discursos em votações do STF ocorrem no segundo semestre de 2015, momento em que a Operação Lava Jato estava em plena expansão, mas sem que houvesse condenações definitivas de pessoas pertencentes ao grupo político mencionado. Neste mesmo período, figuras importantes do Partido dos Trabalhadores (PT) foram presas, como o ex-Ministro José Dirceu. Pouco tempo depois, no primeiro semestre de 2016, o ex-Presidente Lula seria acusado e denunciado por ter enriquecido ilicitamente.

Apesar da criminalização de determinados grupos políticos e seus atores, que, por vezes, soava como uma culpabilização antecipada, em outros casos, que também tratavam de corrupção, há demonstração explícita de apreço pelos réus, que não são caracterizados como inimigos públicos. O voto do Ministro Luiz Fux⁷⁷, em desfavor do ex-Senador e atual Deputado Aécio Neves, é o episódio mais agudo e representativo desta dinâmica.

O Ministro Fux registrou em seu voto escrito que nunca pensou em estar na posição de julgar “uma pessoa querida” que “sempre apreciou” e teve “inequívoco apoio popular, por meio de uma eleição expressiva para Presidente da República”. Afirmando que o Senador não teve o “gesto de grandeza” de se afastar do mandato, o STF iria “auxiliá-lo” para “poder comprovar, à sociedade, a sua ausência de toda e qualquer culpa nesse episódio, que acabou marcando, de maneira dramática, para nós que convivemos com ele, a sua carreira política”.

A manifestação pública e registrada de afeto, de sentimento de decepção e da intenção de “auxiliar” o réu a provar sua inocência destoa amplamente dos discursos apresentados sobre a corrupção, especialmente se analisado em comparação aos discursos dirigidos aos líderes petistas.

⁷⁷ AC 4327 AgR-terceiro/DF – STF – Primeira Turma – Rel. Marco Aurélio – Red. acórdão Luís Roberto Barroso – julg.: 26.09.2017.

Nestes discursos, é possível notar a presença de um julgamento rigoroso sobre determinado grupo político, acusado de “fisiologismo” ao ocupar o Estado para benefício próprio, ao passo em que outros réus contam com a compaixão e solidariedade de determinados ministros.

3.3 VISÕES SOBRE A IMPUNIDADE: AUTOANÁLISE DO PAPEL DO STF NO COMBATE À CORRUPÇÃO

O protagonismo judicial fez com que a Suprema Corte passasse a analisar (e reanalisar) sua postura perante à sociedade e às demais agências punitivas para que, aos olhos externos, o STF não fosse taxado como entrave ao combate à corrupção e à Operação Lava Jato.

É nesse contexto que surgem, em meio aos julgamentos, discursos preocupados em destacar que a função do Supremo Tribunal Federal em nada poderia ser comparada à desídia ou impenitência daqueles que ali estavam sendo julgados. Tal situação é impulsionada em razão da grande exposição midiática que se apresentava ao STF e conseqüentemente pelo receio da opinião pública e do jargão da impunidade.

Em algumas oportunidades, percebe-se o esforço por parte dos ministros em demonstrar que a imunidade parlamentar e a prerrogativa de foro de parte dos investigados e acusados, não significavam privilégios e nem que eventual demora de julgamento dos casos poderia ser razão para culpar a Corte pela impunidade no país⁷⁸. O Ministro Dias Toffoli, em seu voto, se preocupou em fazer todo um apanhado histórico da legislação constitucional para apontar que após a Emenda constitucional nº 35/2001 – que alterou a imunidade formal de deputados e senadores para que pudessem ser processados criminalmente sem a necessidade de licença prévia da respectiva Casa Legislativa. Além disso, o ministro observou que houve uma profusão de ações penais no âmbito da competência originária do Supremo Tribunal Federal, demonstrando em números a quantidade de processos sob a responsabilidade dos onze ministros.

Essa preocupação reside justamente pela cobrança das outras agências do sistema penal para que ocorra um resultado “efetivo” sobre

⁷⁸ RHC 135.683/GO – STF – Segunda Turma – Rel. Dias Toffoli – julg.: 25.10.2016.

as demandas que envolvessem casos de corrupção. O Ministro Gilmar Mendes, alertou sobre esse iminente constrangimento a que o Supremo é submetido pelas eventuais demoras nos julgamentos desses casos, citando especialmente as questões e demandas ligadas à Lava Jato⁷⁹.

Não por outra razão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso afirmaram que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a prerrogativa de foro da forma mais restritiva possível, visando evitar a inviabilidade das investigações e ações criminais em trâmite naquela instância⁸⁰.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou, como forma de demonstrar que julgamentos de ações penais com prerrogativa de foro no Supremo não eram sinônimo de negligência ou impunidade, que após acompanhamento de pesquisas à respeito do Mensalão, percebeu que à época em que o STF julgava o referido caso, outros processos que eram oriundos das mesmas investigações mas que, em razão do desmembramento, tramitavam em primeiro grau, “estavam esquecidos”⁸¹. Esta afirmação reaparece em outras oportunidades, pelo mesmo Ministro Gilmar Mendes, explicitando que vários processos relativos ao Mensalão que estavam em primeiro grau de jurisdição ainda não teriam sido julgados.⁸²

Esses discursos realizam a função de externar às agências da comunicação social e ao “grande público” o papel do STF, buscando afastar as ideias de que a Corte Suprema seria leniente com a corrupção e que a prerrogativa de foro significaria impunidade avalizada pelo Tribunal.

3.4 CORRUPÇÃO ENQUANTO “TRAGÉDIA BRASILEIRA” E A REFUNDAÇÃO DO PAÍS

A crise moral da sociedade brasileira também é pautada ao longo das votações dos casos de corrupção julgados no STF. Essa discussão,

⁷⁹ RHC 135.683/GO – STF – Segunda Turma – Rel. Dias Toffoli – julg.: 25.10.2016.

⁸⁰ Inq 4327 AgR-segundo/DF – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson Fachin – julg.: 19.12.2017.

⁸¹ RHC 135.683/GO – STF – Segunda Turma – Rel. Dias Toffoli – julg.: 25.10.2016.

⁸² HC 137.728/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Edson Fachin – Red. Acórdão: Dias Toffoli – julg.: 02.05.2017

em mais de um momento, surge ligada à ideia de tragédia. Uma tragédia brasileira causada pela corrupção.

O Ministro Luís Roberto Barroso é o ministro que mais representa e reproduz essa ideia nos votos. O discurso que expõe essa tragédia vem carregado com o pensamento da corrupção enquanto fruto sócio-histórico do Brasil, de “uma nação que se perdeu no caminho e naturalizou coisas erradas”⁸³. Aqui percebe-se a relação da corrupção como “mito fundador” da nação, esta ideia recorrente no pensamento social brasileiro apropriada pelo discurso dos juristas para explicar o “estado das coisas”. Muitas dessas “certezas” vêm das convicções do Ministro Barroso, por vezes, alinhadas com valores da “civilização europeia”, em termos de abertura de certos princípios democráticos⁸⁴.

A ideia do patrimonialismo tradicional brasileiro também aparece nos discursos do Ministro Barroso, ao afirmar que o “velho país”, “a tradição” e o “velho modelo” são aqueles que eram coniventes com a corrupção e crimes de colarinho branco, gerando impunidade. Ao mesmo tempo, indica que essa história estaria mudando em razão do Mensalão e das operações policiais e judiciais que estavam em curso, citando especialmente a Lava jato, como se fossem a “mão da história”, fazendo com que a corrupção começasse a ser efetivamente reprimida⁸⁵.

Na toada dessa narrativa da “tragédia brasileira”, ainda pode-se perceber expressões que surgem em outros votos do Ministro Barroso, para corroborar a ideia de combate à corrupção, descrevendo que o desvio de dinheiro público é “uma das maldições da República e que tem nos mantido atrasados e aquém do nosso destino”⁸⁶. Tais expressões revelam que a agenda do combate à corrupção acaba por recriar um velho discurso e trazer o imaginário de “inimigo público”. O Ministro Barroso define a punição desses crimes como medida capaz de conduzir a verdadeira refundação do país.

⁸³ *Inq 4327 AgR-segundo/DF* – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson. Fachin – julg.: 19.12.2017.

⁸⁴ SOUZA, Jessé. *A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017, p. 186-187.

⁸⁵ *AC 4.327 AgR-quarto/DF* – STF – Primeira Turma – Rel. Marco Aurélio – Red. Acórdão: Luiz Fux – julg.: 20.06.2017.

⁸⁶ *AP 863/SP* – STF – Primeira Turma – Rel. Edson Fachin – julg.: 23.05.2017.

É importante notar que estes discursos foram proferidos em 2017, sempre nos votos do Ministro Luís Roberto Barroso. Em abril do mesmo ano, em uma comunicação destinada a uma universidade americana, o Ministro Barroso falou sobre a imagem do Brasil contemporâneo, baseando seu pensamento no patrimonialismo enquanto leitura social dominante dos brasileiros⁸⁷.

Esse tipo de discurso faz do Poder Judiciário e, em especial do STF, um agente com a função de “empurrar a história”, na expressão já mencionada do Ministro Barroso. Os ministros, assim, representam figuras centrais da atividade política do país.

É importante observar que os ministros têm, em alguma medida, atuado em “blocos” dissonantes a respeito da Operação Lava Jato e suas práticas. Neste sentido, apesar desta seção contar apenas com manifestações do Ministro Barroso, é preciso observar que outros ministros e ministras não se manifestam com frequência de forma mais alongada, limitando-se a endossar as razões dos votos dos colegas.

Além dessa configuração de “blocos” a respeito de certos temas, outras questões são essenciais para as manifestações mais contidas ou para a ausência de manifestação, desde a personalidade mais ou menos reservada de cada um, até questões estruturais de gênero, que marcam sucessivas interrupções e deslegitimações das manifestações das ministras⁸⁸, configurando verdadeiro processo de silenciamento, ainda que seja para concordar.

3.5 Os LIMITES DO ESTADO DE DIREITO EM XEQUE

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal e com isso tem o dever de zelar pelos direitos e garantias conferidos pelo Estado Democrático a todos os seus cidadãos. Em diversos julgamentos, os limites do Estado Democrático de Direito foram tensionados, inclusive pela pressão exercida por outras agências judiciais.

⁸⁷ SOUZA, *op. cit.*, p. 185-186.

⁸⁸ GOMES, Juliana Cesário Alvim. O Supremo Tribunal Federal em perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 672-673, 2016.

Já no contexto da Lava Jato, diversos discursos apresentaram preocupações com os possíveis excessos que foram – e poderiam ser – cometidos contra indivíduos, em razão da busca a qualquer custo do combate à corrupção. O Ministro Gilmar Mendes afirmou que, no Brasil, há uma cobrança para combater a corrupção com medidas cada vez mais duras, transpondo as linhas do Estado de Direito⁸⁹. Na mesma oportunidade, destacou que não se podia esquecer da Constituição, das leis e garantias processuais.

Este fato é representativo das complexas relações e posicionamentos dos grupos de ministros sobre o combate à corrupção e seus limites. Trata-se de um discurso que recoloca em cena a necessidade de o Tribunal funcionar como contenção do poder de punir do Estado e proteção dos indivíduos.

Este tipo de manifestação tornou-se, ao longo do tempo, cada vez mais frequente por parte do Ministro Gilmar Mendes. Em outras ocasiões, ele afirmou que seria papel do STF, por vezes, agir de forma contramajoritária, se opondo aos desejos da maioria e contrariando a opinião pública – mesmo que vozes ecoassem pedindo aplicação de penas mais drásticas – para manter a estrutura do Estado de Direito, evitando punições arbitrárias. Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes também declarou que “a liberação de arbitrariedades contra determinadas pessoas hoje vai se convolar amanhã, na liberação de arbitrariedades, contra aquelas próprias pessoas que hoje aplaudiriam essas arbitrariedades”⁹⁰ e a Corte Suprema não poderia ser condescendente com essa situação.

O Ministro Gilmar afirmou também que os casos de corrupção julgados pelo STF são temas sérios e que precisam ser analisados de acordo com a legalidade e dentro do Estado Democrático de Direito, para que se evite injustiças e erros evidentes. O processo criminal, neste sentido, não pode servir de instrumento de desforra ou vingança, e tudo que estiver fora da legalidade está fora dos padrões do Estado de Direito⁹¹.

⁸⁹ *RHC 135.683/GO* – STF – Segunda Turma – Rel. Dias Toffoli – julg.: 25.10.2016.

⁹⁰ *HC 137.728/PR* – STF – Segunda Turma – Rel. Edson Fachin – Red. Acórdão: Dias Toffoli – julg.: 02.05.2017

⁹¹ *Inq 4.327 AgR-segundo/DF* – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson. Fachin – julg.: 19.12.2017.

3.6 AS PRESSÕES DA LAVA JATO E AS REAÇÕES DO STF

O Ministro Gilmar Mendes chamou atenção para os excessos de prisões cautelares utilizadas no desenvolvimento do “Petrolão” (identificado com a Lava Jato), destacando que o clamor público não pode dizer quando a prisão deve ser imposta e que a Corte não pode ceder a estas pressões, reafirmando a necessidade de analisar as questões de forma técnica e cuidadosa. Retomando o paralelo com o Mensalão, sobre a questão das prisões processuais, Gilmar Mendes destacou que a Suprema Corte julgou todo o processo do Mensalão sem decretar prisões preventivas, mesmo se tratando de caso relevante e de reiterada corrupção⁹².

Este discurso se apresenta como uma tentativa de recolocar limites nas ações tomadas nos processos da Lava Jato, afirmando que o STF não poderia ceder aos apelos puramente populares sobre o risco de semear um embrião autoritário no Estado Democrático de Direito⁹³.

Outros discursos também surgem para explicitar e responder as pressões feitas pelos atores da Lava Jato. O Ministro Marco Aurélio, alertou que havia uma tendência em transformar a 13^a Vara Federal Criminal de Curitiba em um juízo universal⁹⁴, devido a centralidade assumida pelos atores do sistema de justiça criminal daquele local – mesmo em situações e investigações que ocorriam em diversos estados e cidades do país, principalmente em Brasília/DF.

O Ministério Público também apareceu nos discursos do Ministro Gilmar Mendes que criticou as pressões e as precipitações do referido órgão acusador ao tratar de casos de corrupção. O alto número de Procedimentos de Investigação Criminal (PIC), abertos no âmbito do Ministério Público sem nenhum controle judicial das ações, foi objeto de crítica do ministro, ao passo em que destacou a baixa qualidade de muitas destas investigações⁹⁵.

⁹² HC 137.728/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Edson Fachin – Red. Acórdão: Dias Toffoli – julg.: 02.05.2017.

⁹³ HC 137.728/PR – STF – Segunda Turma – Rel. Edson Fachin – Red. Acórdão: Dias Toffoli – julg.: 02.05.2017.

⁹⁴ Inq 4327 AgR-segundo/DF – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson. Fachin – julg.: 19.12.2017.

⁹⁵ Inq 4327 AgR-segundo/DF – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson. Fachin – julg.: 19.12.2017.

Também é possível notar críticas contundentes às delações premiadas que passaram a ser elemento central no *modus operandi* da Lava Jato, com utilização desmedida das delações, sem a devida análise da causa e das provas. A situação estaria permeada pelo entusiasmo causado em razão da agenda do combate à corrupção, o que gerou juízos precipitados, carentes de provas que dessem sustentação⁹⁶.

Para dar ênfase aos enormes equívocos que podem ser criados a partir da ânsia em alcançar resultados no combate à corrupção, o Ministro Gilmar Mendes citou um exemplo em que a delação de determinada pessoa teria ensejado o pedido de prisão de Senadores da República, notadamente um ex-Presidente e até então o presidente do Congresso Nacional. O pedido teria sido indeferido pelo Ministro Relator, Edson Fachin, e, após apurar os fatos mais detalhadamente, a própria Polícia Federal teria solicitado o arquivamento do inquérito, aberto em razão da delação que se demonstrara falsa⁹⁷.

Assim, percebe-se nesses discursos, especialmente proferidos no ano de 2017, a tentativa de contrapor certas pressões entabuladas pelas agendas das agências judiciais no combate à corrupção.

Esta reação por parte dos ministros, em especial do Ministro Gilmar Mendes, explicitava os acirramentos internos na Corte, ao passo em que indicava um movimento de crítica aberta e contraposição às demandas institucionais da Operação Lava Jato.

É sintomático o julgamento da prisão após condenação em segunda instância, considerado essencial pelos membros do MPF. O Ministro Gilmar Mendes havia votado de maneira favorável, modificando seu posicionamento tradicional, permitindo a execução antecipada da pena, em 2016⁹⁸. No entanto, a partir do ano seguinte, passou a tecer críticas aos

⁹⁶ *Inq 4327 AgR-segundo/DF* – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson. Fachin – julg.: 19.12.2017.

⁹⁷ *Inq 4327 AgR-segundo/DF* – STF – Tribunal Pleno – Rel. Edson. Fachin – julg.: 19.12.2017.

⁹⁸ FERNANDES, Daniel Fonseca; SANTANA, Tainan Bulhões. A presunção de inocência e a execução antecipada da pena no Supremo Tribunal Federal. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá. *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2019, p. 303-304.

efeitos daquela decisão do Plenário e concedeu determinadas liminares para impedir a execução antecipada, indicando que mudaria de posição, restabelecendo seu entendimento anterior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, nas últimas décadas, passou por um processo intenso de ressignificação de seu papel. A abertura a um controle mais amplo por parte da sociedade e da imprensa e a ampliação de sua competência criminal são etapas importantes deste processo. É neste cenário que os discursos e projetos contra a corrupção têm exercido uma influência decisiva na construção dos discursos e tomadas de decisão da Corte.

Noções tradicionais no pensamento social brasileiro, como a de “patrimonialismo”, têm sido mobilizadas em compreensões contemporâneas sobre a corrupção, destacando uma certa visão sobre Estado, como fonte da corrupção em contraposição a percepções do mercado como espaço da virtude e desenvolvimento. É possível perceber a presença destes discursos mesmo após a punição de uma parte relevante da burguesia brasileira, do setor da construção civil.

Neste contexto, os casos do Mensalão e da Lava Jato se apresentam como fenômenos de grande relevância para a compreensão dos papéis do STF e os discursos sobre a corrupção.

Se o Mensalão (2005-2014) foi importante para consolidar a exposição do STF ao olhar do público e às pressões frequentes da imprensa, sendo conduzido a ouvir “a voz das ruas”, a partir da Lava Jato o Tribunal é tratado, frequentemente, como instância de chancela ou não dos atos da Operação. O STF é visto, em muitos momentos, como ameaça à Operação e passa a ser o destinatário de pressões bem calculadas das agências judiciais, especialmente do Ministério Público Federal, em articulação com a grande imprensa, movimentos sociais e com a instância de primeiro grau.

Esta conjuntura alçou o combate à corrupção à condição de fato central da vida política brasileira, levando o STF a construir respostas a estas demandas e reforçando fissuras na Corte e alinhamentos de grupos de ministros contrários ou favoráveis à Operação.

Neste sentido, é possível identificar processos relacionados a decisões importantes no STF que provocaram a redução de garantias constitucionais e direitos fundamentais, como a execução da pena a partir da condenação em segundo grau, em 2016. É a partir deste cenário que foi possível enfrentar o problema desta pesquisa, que buscou compreender os discursos do STF sobre a corrupção.

Nos discursos dos ministros é possível observar uma postura de elogio e valorização do próprio STF no combate a corrupção, exaltando a atuação da corte no Mensalão, restrição ao foro e realização de julgamentos em tempo hábil. Deste modo, os ministros buscam afastar a ideia de que o STF dificulta o combate à corrupção.

Por outro lado, é possível perceber nas posturas de alguns ministros mudanças de comportamento importantes ao longo do tempo, passando do elogio do Mensalão e da Lava Jato, à crítica das ilegalidades e excessos cometidos pelas agências judiciais no contexto da Operação. O caso mais emblemático é do Ministro Gilmar Mendes, especialmente no ano de 2017, que passa a traçar críticas contundentes à extrapolação dos limites do Estado de Direito, ao uso excessivo de prisões processuais e à delação premiada.

É também possível perceber nos discursos dos ministros uma aplicação diferencial da ideia de rigidez necessária ao combate à corrupção, sendo notável as imagens construídas de um grupo que teria se apropriado do Estado para benefícios próprios – vinculada ao Partido dos Trabalhadores e outros que compuseram sua base de apoio – e o lamento e postura compreensiva com alguns acusados ligados a partidos de centro-direita, como o ex-Senador Aécio Neves. A distinção de tratamento é marcante, sem qualquer fundamento na gravidade das condutas ou consistência nas provas apresentadas.

Por fim, é possível constatar que o Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2015 e 2017, foi objeto frequente de pressões dirigidas pelas agências judiciais ligadas à Lava Jato, pela imprensa e movimentos sociais. Estas pressões reconfiguram o cenário traçado no Mensalão, colocando em xeque, com muito mais força, a legitimidade da Corte e de seus ministros.

A compreensão das oscilações dos entendimentos prevalentes nas Turmas e no Plenário do STF exigem um acompanhamento

aprofundado, observando suas influências nos processos eleitorais, as relações estabelecidas com a política e a força perante a opinião pública de movimentos externos à Corte, como a Lava Jato.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2019.

AMARAL, Augusto Jobim do; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 1073-1114, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.102>

ARRUDA, Alexandre da Silva. *O julgamento do caso Mensalão e a influência da mídia: um ponto fora da curva?* Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Universidade Federal Fluminense, Niteroi, 2014.

AUDI, Amanda. Entrevista: “a imprensa ‘comprava’ tudo”. Assessora de Sergio Moro por seis anos fala sobre a Lava Jato. *The Intercept Brasil*, out. 2018. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/10/29/lava-jato-imprensa-entrevista-assessoria/>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

AVRITZER, Leonardo. Operação Lava Jato, Judiciário e degradação institucional. In: KERCHÉ, Fábio; FERES JR., João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 37-52.

BALTHAZAR, Ricardo. Mensagens vazadas da Lava Jato indicam favorecimento a jornalistas aliados. *Folha de São Paulo*, dez. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/12/mensagens-vazadas-da-lava-jato-indicam-favorecimento-a-jornalistas-aliados.shtml>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas e refundação do Brasil (prefácio). In: PINOTTI, Maria Cristina (Org.). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas* São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019, p. 09-19.

BATISTA, Nilo. Pena pública e escravismo. In: NEDER, Gizlene (Org.). *História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 27-62.

BIROLI, Flávia; MANTOVANI, Denise. A parte que me cabe nesse julgamento: a Folha de S. Paulo na cobertura ao processo do “mensalão”. *Opinião Pública*, v. 20, n. 2, p. 204-218, ago. 2014. <https://doi.org/10.1590/1807-01912014202204>

BOITO JR., Armando. Lava Jato, classe média e burocracia de Estado. In: BOITO JR., Armando. *Reforma e crise política no Brasil: os conflitos de classe nos governos do PT*. Campinas: Editora da Unicamp, 2018, p. 253-264.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos inde-sejáveis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CHALOUB, Jorge; LIMA, Pedro Luiz. Os juristas políticos e suas convicções: para uma anatomia do golpe de 2016 no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 49, n. 1, p. 202-252, mar./jun. 2018.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

ESTELLITA, Heloisa. A flexibilização da legalidade no Supremo Tribunal Federal: o caso da execução da condenação sujeita a apelos extremos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 709-730, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.141>

FALCÃO, Joaquim. Direito, mídia e opinião pública. In.: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento*. Supremo, mídia e opinião pública. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, XXI-XXVII.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva, 2019.

FERES JR., João; BARBARELA, Eduardo; BACHINI, Natasha. A Lava Jato e a mídia. In: KERCHE, Fábio; FERES JR., João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 199-228.

FERNANDES, Daniel Fonseca. Você não ouviu o samba que eu lhe trouxe. *Empório do Direito*, Florianópolis, jun. 2018. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/leitura/voce-nao-ouviu-o-samba-que-eu-lhe-trouxe>>. Acesso em 30 jun. 2018.

FERNANDES, Daniel Fonseca; SANTANA, Tainan Bulhões. A presunção de inocência e a execução antecipada da pena no Supremo Tribunal Federal. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá. *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2019, p. 299-310.

FILHO, João. Como Barroso, Fachin e Fux blindaram a Lava Jato no STF. *The Intercept Brasil*, out, 2019. Disponível em: < <https://theintercept.com/2019/10/06/barroso-fachin-fux-blindaram-lava-jato-no-stf/>>. Acesso em 06 mai. 2020.

FONTAINHA, Fernando; LIMA, Amanda Evelyn. Judiciário e crise política no Brasil hoje: do Mensalão à Lava Jato. In: KERSCHE, Fábio; FERES JR., João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 53-68.

FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. In: *Obra escolhida*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguillar, 1977.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. O Supremo Tribunal Federal em perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 652-676, 2016. <https://doi.org/10.12957/dep.2016.25237>

GOMES, Luiz Flávio. *O jogo sujo da corrupção*. Bauru: Astral Cultural, 2017.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e política*. Corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 19-51.

HARTMANN, Ivar A. O julgamento e a opinião pública. In.: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento*. Supremo, mídia e opinião pública. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 26-27.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JANOT, Rodrigo. *Nada menos que tudo*. São Paulo: Planeta Brasil, 2019.

JUSTI, Adriana. Lava Jato completa 6 anos com 293 prisões; 'Está longe de acabar', diz delegado. *GI*, rio de Janeiro, mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/03/10/lava-jato-completa-6-anos-com-293-prisoas-esta-longo-de-acabar-diz-delegado.ghtml>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

KERSCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. O Ministério Público na Operação Lava Jato: como eles chegaram até aqui? In: KERSCHE, Fábio; FERES JR., João (Coord.). *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 69-100.

KIRCHHEIMER, Otto. Criminal Law in National Socialist Germany. In: SCHEUERMAN, William. (Ed.) *The Rule of Law Under Siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*. Los Angeles: University of California Press, 1996, p. 172-194.

LARA, Silvia Hunold. *Campos da violência: escravos e senhores na Capitania do Rio de Janeiro, 1750-1808*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LEAL FILHO, Laurindo Lalo. O jogo combinado da Lava Jato com a mídia. In: RAMOS FILHO, Wilson; NASSIF, Maria Inês; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; GONÇALVES, Mírian. *Relações obscenas: as revelações do The Intercept/BR*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 31-33.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato*. Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 123-168.

MARANI, Sílvio César Zákha; BRITO, Mozar José de; SOUZA, Gustavo Costa de; BRITO, Valéria da Glória Pereira. Os sentidos da pesquisa sobre corrupção, *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 4, p. 712-730, jul./ago. 2018. <https://doi.org/10.1590/0034-7612175197>

MIGUEL, Luis Felipe; COUTINHO, Aline. A crise e suas fronteiras: oito meses de “mensalão” nos editoriais dos jornais. *Opinião pública*, Campinas, v. 13, n. 1. jun. 2007, p. 97-123. <https://doi.org/10.1590/s0104-62762007000100004>

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ*, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

MOURA, Denise. Jogo de acusações: denúncias de mau governo e competição de interesses na América portuguesa. In: BIASON, Rita; LIVIANUI, Roberto (Org.). *A corrupção na história do Brasil*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2019, p. 40-54.

NEVES, Rafael; MARTINS, Rafael Moro. ‘Vou te pedir pra ser laranja em outra coisa’. Deltan e Lava Jato usaram Vem Pra Rua e instituto Mude como lobistas para pressionar STF e governo. *The Intercept Brasil*, ago. 2019. Disponível em: < <https://theintercept.com/2019/08/11/deltan-lava-jato-venmpraru-lobby-stf/>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H.; LAPERRIÈRE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Álvaro. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 154-211.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva. A propósito do julgamento do “Mensalão” (APn 470/MG

do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 106, p. 181-214, jan./mar. 2014.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz, *Os Onze: o STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ROMEIRO, Adriana. A corrupção na Época Moderna – conceitos e desafios metodológicos. *Revista Tempo*, v. 21, n. 38, p. 216-237, dez. 2015. <https://doi.org/10.20509/tem-1980-542x2015v213812>

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SINGER, André. *Os sentidos do lulismo: reforma gradual e pacto conservador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SOUSA, José Augusto Garcia de. As vozes do Supremo e a sociedade. In.: FALCÃO, Joaquim (Org.). *Mensalão: diário de um julgamento*. Supremo, mídia e opinião pública. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 25-26.

SOUZA, Jessé. O patrimonialismo é o problema brasileiro? *Revista Simetria*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 29-40, 2017. Disponível em: <https://escoladecontas.tcm.sp.gov.br/images/simetria/revista-3/jesse_souza.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

SOUZA, Jessé. *A Elite do Atraso: da escravidão à Lava Jato*. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

SUTHERLAND, Edwin. *Crime de colarinho branco*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TELLES, Helcimara. Corrupção, legitimidade democrática e protestos: o *boom* da direita na política nacional? In: SOLANO, Esther; ROCHA, Camila (Org.). *As direitas nas redes e nas ruas*. São Paulo: Expressão Popular, 2019, p. 55-89.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

Agradecimentos (acknowledgement): À professora Lícia Regina pela revisão cuidadosa do texto.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

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

- *Daniel Fonseca Fernandes*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final .
- *Tainan Bulhões Santana*: desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 24/07/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/07/2020
- Avaliação 1: 08/08/2020
- Avaliação 2: 08/08/2020
- Avaliação 3: 10/08/2020
- Decisão editorial preliminar: 23/08/2020
- Retorno rodada de correções: 04/09/2020
- Decisão editorial final: 08/09/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (RO)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERNANDES, Daniel F.; SANTANA, Tainan B. Discursos sobre a corrupção nas votações no Supremo Tribunal Federal (2015-2017). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1345-1387, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.432>



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

Sul ruolo dell'ente nel contrasto alla corruzione: un moderno Atlante

*On the role of the entity in the fight
against corruption: a modern Atlas*

Riccardo Roscini-Vitali¹

Università degli Studi di Verona, Italia

riccardo.roscinivitali@univr.it

 <https://orcid.org/0000-0002-8967-8429>

Vittore d'Acquarone²

Independent Researcher

dacquarone@bignottiedacquarone.it

 <https://orcid.org/0000-0002-3837-8178>

ABSTRACT: Lo scritto analizza il ruolo assegnato dal legislatore all'ente nella lotta alla corruzione, dedicando particolare attenzione alla previsione contenuta nel comma 5-bis dell'art. 25 (concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione) d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Di questa disposizione si segnalano le criticità applicative di natura pratica e le loro principali cause, tra cui la crescente tendenza a sovraccaricare l'ente di oneri cooperativi non sufficientemente ricompensati, che, anche secondo una lettura costituzionalmente orientata, dovrebbero, quanto meno, essere egualmente ripartiti con le autorità pubbliche. La soluzione prospettata è quella raccomandata dal vertice G20 di Los Cabos (Messico) del 17 giugno 2012: elaborare un *framework* di riferimento

¹ Avvocato del Foro di Verona e Cultore della materia in Diritto processuale penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

² Avvocato del Foro di Verona, *Solicitor UK* e Corresponsabile dell'Osservatorio d. lgs. 231/2001 dell'Unione delle Camere Penali Italiane.

chiaro e concreto che disciplini esattamente i presupposti, i termini e i vantaggi della cooperazione dell'ente nelle indagini dell'autorità giudiziaria, sì da garantire un equilibrato e accettabile bilanciamento tra efficienza preventivo-repressiva ed esigenze di libertà per l'ente e all'interno dell'ente.

PAROLE-CHIAVE: Lotta alla corruzione; cooperazione dell'ente; diritti e doveri dell'ente; indagini dell'autorità giudiziaria; sistemi premiali.

ABSTRACT: *The paper analyzes the role assigned by the legislator to the entity in the fight against corruption, paying attention to the provision contained in paragraph 5-bis of art. 25 (bribery, undue induction to give or promise benefits and corruption) d. lgs. June 8, 2001, n. 231. The essay highlights the practical application criticalities of this provision and their main causes, among which the growing tendency to overload the institution with insufficiently rewarded cooperative burdens, which, even according to a constitutionally oriented reading, should, at the very least, to be equally shared with public authorities. The solution proposed is the one recommended by the B20 summit in Los Cabos (Mexico) on 17 June 2012: developing a clear and concrete reference framework that exactly disciplines conditions, terms and advantages of the institution's cooperation in the judicial authority investigations, so as to guarantee an equilibrated and acceptable balance between preventive-repressive efficiency and freedom needs for the institution and within the institution.*

KEYWORDS: *Fight against corruption; cooperation of the entity; rights and duties of the entity; judicial authority investigations; reward systems.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il comma 5-bis dell'art. 25 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Alcune criticità in superficie. - 2. La ratio della circostanza attenuante nelle sue molteplici profondità. - 3. L'oggetto del presente lavoro. - 4. Gli elementi dissuasori interni all'ente. - 5. Gli elementi dissuasori esterni all'ente. L'atteggiamento (presumibilmente) ostile della magistratura. - 6. La causa maggiore della crisi del sistema cooperativo e, più in generale, dell'impianto normativo della responsabilità dell'ente. - 7. Quale antidoto all'inefficacia del sistema cooperativo abbozzato nel comma 5-bis dell'art. 25 d. lgs. 231/2001? - 8. Conclusioni provvisorie. - Bibliografia.

1. INTRODUZIONE: IL COMMA 5-BIS DELL'ART. 25 D. LGS. 8 GIUGNO 2001, N. 231. ALCUNE CRITICITÀ IN SUPERFICIE.

Nell'insieme di novità che si registra a opera della l. 9 gennaio 2019, n. 3, che ha introdotto modifiche all'art. 25 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quella di maggiore respiro, sotto il profilo della politica sanzionatoria a carico dell'ente, è forse quella contenuta nel nuovo comma 5-bis inserito nel menzionato art. 25. L'interpolazione prevede che, «se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, le sanzioni interdittive hanno la durata stabilita dall'articolo 13, comma 2», vale a dire fino a 2 anni. Il comma 5-bis dell'art. 25 d. lgs. 231/2001 introduce, così, una nuova circostanza attenuante a effetto speciale.

Il funzionamento del meccanismo sembra intuitivo: sanzioni gravi o gravissime per l'ente non virtuoso né cooperativo; rientro delle sanzioni nella cornice edittale ordinaria per l'ente che, oltre a innovare la propria organizzazione, si adoperi prima della condanna cooperando efficacemente con l'autorità giudiziaria³. Il senso ultimo di questo schema può essere così compendiato: lo Stato stringe una *partnership* con il mondo delle imprese nella «cogestione dei rischi legati alla criminalità d'impresa» al fine di «giungere alla più efficace prevenzione dell'illecito economico con i minori oneri possibili, rispetto allo scopo, a carico

³ Sottolinea SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 635-636, 2018 che «lo schema è piuttosto semplice: garantire alle imprese vantaggi, in termini di trattamento penale, in cambio di un impegno fattivo nel debellamento della criminalità economica e nella dimostrazione di una totale lealtà verso le autorità inquirenti nella ricerca dei soggetti responsabili dei reati commessi all'interno delle strutture aziendali. Una giustizia negoziata, quindi, in funzione dell'ottenimento di risultati efficaci nella prevenzione/repressione della criminalità d'impresa; l'ente ha il vantaggio [...] di un trattamento sanzionatorio più favorevole».

delle organizzazioni private»⁴. Muovendo dal presupposto che le attività pubbliche di prevenzione brancolano di fronte alla complessità dei mercati globali e, in particolare, dei sistemi di funzionamento aziendali, la strategia eletta è quella di alterare, per così dire, la natura dell'ente, trasformandolo in un "tutore dell'ordine" e in un "guardiano della legalità"⁵.

A margine del presente lavoro, alcune prime notazioni critiche sull'impatto pratico del sistema di premialità sul piano della responsabilità dell'ente⁶. La scelta legislativa sembra trascurare la natura fondamentalmente accessoria di questa responsabilità, che frequentemente presuppone l'esistenza del reato in capo a una persona fisica già determinata. Infatti, una delle condizioni di accesso alla circostanza attenuante in argomento è rappresentata dall'essersi l'ente efficacemente adoperato per l'individuazione dei responsabili. Circostanza, questa, che nella prassi precede, fuori del caso, comunque residuale, di cui all'art. 8 comma 1 lett. a d. lgs. 231/2001, l'annotazione dell'illecito amministrativo ex art. 55 d. lgs. 231/2001. All'inverso, se i responsabili del reato-presupposto non sono ancora stati individuati ed è l'ente a rivelarne l'identità, dalla denuncia può scaturire anche il procedimento a carico dell'ente. L'effetto è che se il procedimento penale è già instaurato, sembrano ritagliarsi spazi assai modesti per un'utile cooperazione processuale, risultando verosimilmente già individuati l'autore materiale del reato-presupposto e le somme o le altre utilità trasferite. Viceversa, se l'autorità giudiziaria

⁴ CENTONZE, Francesco. Responsabilità da reato degli enti e *agency problems*. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 3, p. 986, 2017.

⁵ JENNIFER, Arlen. L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 1-2, p. 1, 2018.

⁶ FIORELLA, Antonio. Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 1, p. 530, 2019; MASULLO, Maria Novella. L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 3, p. 1276-1278, 2019; PIERGALLINI, Carlo. Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato degli enti. *Diritto penale e processo*, v. 4, p. 530, 2019; SANTORIELLO, Ciro. Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili e incoerenti "furori sanzionatori". *Diritto penale e processo*, v. 6, p. 756, 2019.

non ha ancora avuto notizia del reato-presupposto, raramente all'ente converrà cooperare denunciando il fatto di reato e i connessi responsabili, potendo giovare della sola riduzione dei limiti edittali delle sanzioni interdittive e non già dell'esonero da responsabilità.

Insomma, non precisando la l. 3/2019 i limiti di esigibilità dell'iniziativa di cooperazione che l'ente può assumere, ci si interroga, in prima battuta, se quest'ultimo possa beneficiare dello "sconto" di pena anche nel caso in cui i responsabili siano già stati individuati e le prove del reato-presupposto siano già state assicurate. Del pari, ci si domanda se l'ente possa egualmente usufruire della circostanza attenuante in questione nel caso in cui, nonostante il suo impegno spontaneo, la ricerca dei responsabili e delle prove si riveli inconcludente. Sembra di no in ragione della presenza dell'avverbio «efficacemente».

Pertanto, il rischio di ineffettività della circostanza attenuante in esame sembra potenziato dal fatto che il d. lgs. 231/2001 è già disseminato di numerose disposizioni che esaltano, in termini di mitigazione della responsabilità e di sospensione delle misure cautelari eventualmente applicate, le iniziative riparatorie e cooperative assunte dall'ente nelle diverse fasi del procedimento. Disposizioni che già garantiscono all'ente, ma con rischi questa volta minori, il conseguimento delle medesime finalità premiali sottese alla circostanza attenuante di cui al comma 5-bis dell'art. 25 d. lgs. 231/2001.

Al di là delle criticità rilevate a una prima lettura della norma in argomento, rimane che la legge, attestando una reazione dell'ordinamento particolarmente ferma ai fenomeni corruttivi, condiziona l'ammissione dell'ente alla sanzione ridotta all'efficace cooperazione, gravando lo stesso di ogni accertamento utile all'individuazione dell'autore materiale del reato-presupposto e all'assicurazione delle prove, vale a dire di attività essenzialmente vicarie rispetto a quelle del pubblico ministero e degli organi di polizia. Insomma, le unità lavorative e i relativi presidi di vigilanza sembrano venire adibiti al «ruolo di "collaboratori sul territorio" della polizia giudiziaria e del pubblico ministero»⁷.

⁷ SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 641, 2018.

2. LA RATIO DELLA CIRCOSTANZA ATTENUANTE NELLE SUE MOLTEPLICI PROFONDITÀ.

Il comma 5-bis dell'art. 25 d. lgs. 231/2001 si inserisce in un filone tematico che vede il legislatore degli ultimi tempi rinunciare gradualmente agli ultimi indugi di matrice culturale e porre l'opzione premiale alla base delle scelte di politica criminale. La preferenza trova diffuse adesioni, probabilmente favorite dal mutato clima di ampio consenso per le manifestazioni espressive di un approccio di non connivenza nel reato⁸. Peraltro, la strategia del premio per la cooperazione processuale⁹, atta a valorizzare il ruolo sostanziale della denuncia, è da tempo efficacemente collaudata in altri settori: terrorismo, criminalità organizzata, sequestro di persona a scopo estorsivo e traffico di stupefacenti. Sicché l'ampliamento al catalogo dei reati-presupposto contro la pubblica amministrazione sembra convalidare il progressivo – censurabile, ad avviso di chi scrive – «allineamento normativo della criminalità *white collar* alla criminalità nera, ossia della criminalità politico-economica al crimine organizzato»¹⁰.

⁸ *Ex plurimis*, PELLISSERO, Marco. La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione. In: MATTARELLA, Bernardo Giorgio-PELLISSERO, Marco (a cura di). *La legge anticorruzione*. Torino: Giappichelli, 2013. p. 351.

⁹ AMARELLI, Giuseppe. L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991). In: MAIELLO, Vincenzo (a cura di). *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*. Torino: Giappichelli, 2015. p. 163-164; RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuggrè, 2002.

¹⁰ MANES, Vittorio. L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, v. 2, p. 107, 2019. Corre l'obbligo di rilevare che autorevole dottrina da tempo ritiene, per converso, che i reati "economici" rappresentino, in realtà, un terreno su cui la criminalità dei "colletti bianchi" e la criminalità organizzata tradizionale possono convergere e, a volte, incontrarsi: v., per tutti, a livello internazionale, SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White Collar Criminality*. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, p. 1-12, 1940; SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Heaven: Yale University Press, 1983; per una panoramica delle teorie criminologiche, v. RACITI, Annamaria. Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3, p. 677-699, 2005; infine, v., nella letteratura italiana, FORTI, Gabrio. *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000;

Ciò atteso, la *ratio* della circostanza attenuante in questione sembra potersi rintracciare, in un primo livello, nella necessità di incrementare le denunce di fatti corruttivi e, quindi, di accrescere il numero delle relative condanne, ricompensando l'ente delatore e cooperativo per avere interrotto il vincolo collusivo caratteristico delle fattispecie corruttive, consentendo, per questa via, la perseguibilità anche della persona fisica. Perciò, la novità legislativa si pone solo apparentemente in controtendenza rispetto alla politica penale degli inasprimenti sanzionatori caldeggiata dal legislatore più recente. All'opposto, essa sembra aderire alla medesima logica di consolidamento dell'intervento punitivo, immersa, tuttavia, in una dimensione di utilità collettiva che sembra volere salvaguardare, fino a dove possibile, «l'esigenza di prevenzione generale, in quanto idonea a ribadire l'efficacia del precetto e convalidarne "esemplarmente" il significato»¹¹.

PALIERO, Carlo Enrico. Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto. In: BARILLARO, Michele (a cura di). *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 141 ss.; VANNUCCI, Alberto. La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite". In: FORTI, Gabrio (a cura di). *Il prezzo della tangente: la corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*. Milano: Vita e Pensiero, 2003. p. 1-68.

¹¹ Per un approfondimento, più in generale, sul tema della "dissociazione" dal patto corruttivo, che in questa sede, per ragioni di economia del presente lavoro, appena si accenna, v., per tutti, DI MARTINO, Alberto. *La sequenza infranta: profili della dissociazione tra reato e pena*. Milano: Giuffrè, 1998; PADOVANI, Tullio. Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 2, p. 398-436, 1986. Certamente negativo, seppure con diversità di accenti, il giudizio dei giuristi dell'Illuminismo e dei Maestri della penalistica italiana, che tradizionalmente respingono l'idea che l'ordinamento possa, in qualsiasi modo, offrire "ponti d'oro" a chi si ravveda e si pente del fatto commesso, come contropunta psicologica. Sul punto, v. FILANGIERI, Gaetano. *La Scienza della Legislazione*. Napoli: Grimaldi & C., 2003, secondo il quale «molto meno ammetter si dovrebbe come un ragionevol motivo d'impunità il perdono, che si suol promettere ad un complice per la scoperta degli altri. Quando la sanità delle leggi non fosse incompatibile con un rimedio, che ha il più vile tradimento per mezzo; quando non fosse un indizio di debolezza d'impotenza, il vedere che la legge implora l'aiuto di chi l'offende; quando l'esperienza non ci avesse mostrato, che in questi casi il più malvagio è ordinariamente quegli, che scampa il rigore della pena; la sola ragione bastar dovrebbe per distogliere il legislatore dal ricorrere a questo rimedio, il quale

Scendendo in profondità, la circostanza attenuante in esame può, in un secondo livello, produrre un effetto di deterrenza determinato dall'«introduzione di un fattore di insicurezza»¹² all'interno del patto corruttivo, reso incerto proprio dalla possibilità per l'ente che denunci il fatto di garantirsi uno «sconto» di pena. Sicché sembra confermarsi una premialità giustificata dall'opportunità – o dalla necessità – di rimuovere gli impedimenti alla repressione del reato determinati dall'abituale complicata emersione del fatto corruttivo¹³.

non solo è inefficace a produrre l'effetto che si desidera, ma può divenire la causa dell'effetto opposto. La speranza o la sicurezza, dell'impunità concessa alla delazione del complice, invece di distogliere, renderà più arduo il malvagio avveduto ad intraprendere il delitto, che ha bisogno del concorso di più uomini. Prima di sedurre i suoi compagni all'intrapresa del delitto, egli ha già concepito il pravo disegno d'immolarli alla sua sicurezza, quando vedesse prossima la scoperta dei rei. Ciascheduno dei suoi compagni, prima di aderire, formerà l'istesso disegno. La speranza dell'impunità alligherà ugualmente in tutti questi perfidi cuori, e gli renderà più ardui all'intrapresa. Ciascheduno vedrà nella delazione il suo sicuro asilo, e con questa lusinga il terrore della pena sarà ugualmente indebolito in ciascheduno dei complici dalla comune speranza dell'impunità; il delitto sarà incoraggiato dal mezzo istesso, che la legge adopera per punirlo; ed il legislatore deluso nelle sue speranze vedrà con ramorso i funesti effetti di un rimedio, che, ancorché utile, dovrebbe essere abbandonato come contrario alla veneranda dignità delle leggi»; CARRERA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: parte generale*. Lucca: Il Mulino, 1871, secondo il quale «da un lato ripugna che la legge dica in precedenza che quando un accusato confesserà a danno proprio o dei complici, avrà uno sgravio di pena. Questo dettato apparisce una transazione col delitto. [...] Dall'altro lato è un fatto, che se l'utilità politica può tenersi come giusta ragione per ammolire a riguardo di lei alcun poco il rigore della pena, questa utilità derivante dalla confessione di un accusato, non può raggungersi né congruamente valutarsi ove la cognizione della spontaneità o della importanza della confessione giudiciale non differisca ai magistrati in faccia ai quali si agita il processo». Infine, per una riflessione generale sul rapporto tra reato e pena, v. HASSEMER, Winfried. *Perché punire è necessario*. Bologna: Il Mulino, 2012.

¹² PULITANÒ, Domenico. Le cause di non punibilità dell'autore della corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis. *Diritto penale e processo*, v. 5, p. 601, 2019.

¹³ DI MARTINO, Alberto. *La sequenza infranta: i profili della dissociazione tra reato e pena*. Milano: Giuffrè, 1998; MAIELLO, Vincenzo. Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). *La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998. p. 115 ss.

Al termine della discesa, il peso che il comma 5-*bis* dell'art. 25 d. lgs. 231/2001 contemporaneamente assegna all'attività riparatoria – «se prima della sentenza di primo grado l'ente si è efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori [...] e ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi» – sembra mirare a incoraggiare l'ente a rendere concretamente «operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi» (art. 12 comma 2 lett. *b* d. lgs. 231/2001) e a un pieno “ritorno alla legalità”. Dunque, «il virtuoso comportamento dell'ente» sembra essere «il reale obiettivo delle sanzioni [attenuate]: vero “perno” attorno a cui ruota l'intera, relativa disciplina sanzionatoria, rappresentando il fattore di “equilibrio” del sistema di recupero alla normalità dell'attività collettiva, così permettendo di escludere conseguenze punitive esorbitanti»¹⁴.

3. L'OGGETTO DEL PRESENTE LAVORO.

Alla luce di quanto sopra, si impone, da un punto di vista sia dogmatico sia pratico, la necessità di una seria verifica delle reali cause del fallimento, agevolmente prevedibile, del sistema cooperativo tracciato nel comma 5-*bis* dell'art. 25 d. lgs. 231/2001. Al contempo, si pone il quesito se e in quale misura l'attuale sistema possa, con le opportune revisioni, incentivare, in modo equilibrato ma efficace ed efficiente, l'emersione dei patti corruttivi connessi alle attività dell'organizzazione pluripersonale nel pieno rispetto, oltreché dei doveri, dei diritti di tutte le parti in causa.

4. GLI ELEMENTI DISSUASORI INTERNI ALL'ENTE.

In primo luogo, difficilmente l'ente troverà conveniente elaborare, ad esempio all'interno del codice etico o della parte generale del modello

¹⁴ FIORELLA, Antonio. Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 1, p. 521, 2019.

organizzativo, un percorso predefinito di cooperazione con l'autorità giudiziaria azionabile nel caso in cui l'ente stesso scopra, ad esempio in seguito a una segnalazione interna, la commissione di uno dei reati-presupposto di cui all'art. 25 d. lgs. 231/2001. Troppe e troppo gravi le controindicazioni di ordine pratico determinate dal rischio di un impiego distorto di un simile sistema, che, specie all'interno di strutture aziendali di medio-grandi dimensioni, potrebbe sensibilmente peggiorare la qualità di lavoro delle persone, assumendo, così, contorni assai poco rispondenti al volto liberale e democratico del diritto penale costituzionale¹⁵.

In particolare, e a titolo meramente esemplificativo, questo sistema potrebbe favorire la creazione di “capri espiatori”. Infatti, non è, francamente, da escludere che «l'organizzazione possa “sacrificare” il singolo per “salvare” l'ente, canalizzando verso l'individuo responsabilità anche della persona giuridica»¹⁶ e, per questa via, distogliendo l'attenzione dall'eventuale inefficienza preventiva della politica aziendale interna. Per altro verso, questo sistema potrebbe indurre a una sorta di “caccia all'uomo”. Infatti, è possibile che, perfino nei casi più incerti sotto il profilo della configurazione stessa della responsabilità dell'ente, la prospettiva di premi significativi, ancorché non risolutivi, per la cooperazione nelle indagini spinga l'ente stesso a investigare comunque sull'autore del reato-presupposto invece di coltivare la propria difesa, accettando, sin da subito, l'ancorché dubbia ipotesi accusatoria formulata dal pubblico ministero al fine di guadagnare un esito del procedimento, se non più conveniente, senz'altro più celere e certo. A ciò si unisca che questo sistema non proteggerebbe l'ente dall'onere del travaglio reputazionale, che, comunque, accompagnerebbe l'emersione del reato-presupposto. Ciocché, all'inverso, rappresenterebbe per l'ente un forte e rilevante incentivo a un'inertza deliberata nell'attivazione della cooperazione con l'autorità giudiziaria.

¹⁵ MOCCIA, Sergio. *La “promessa non mantenuta”: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001; PATRONO, Paolo. *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*. Padova: Cedam, 1993.

¹⁶ CENTONZE, Francesco. *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 3, p. 686-687, 2017.

Circostanze, queste, progressivamente destinate ad assottigliare la voce dei benefici e, per converso, a impinguare quella dei costi connessi alla cooperazione con l'autorità giudiziaria, così riducendo considerevolmente le *chance* di complessivo successo dell'istituto.

5. GLI ELEMENTI DISSUASORI ESTERNI ALL'ENTE. L'ATTEGGIAMENTO (PRESUMIBILMENTE) OSTILE DELLA MAGISTRATURA.

In secondo luogo, anche nel caso in cui l'ente si determinasse a favore della cooperazione con l'autorità giudiziaria, non può dirsi scontato che l'iniziativa collaborativa conseguentemente assunta dall'ente stesso superi fattibilmente il vaglio di efficacia, sollecitato dal comma 5-*bis* dell'art. 25 d. lgs. 231/2001, atteso l'atteggiamento tutt'ora di sostanziale chiusura e sospetto della magistratura nei confronti degli enti incolpati, spesso avvertiti come soggetti che hanno nel proprio DNA un'inarrestabile tendenza a corrompere.

Il pensiero inevitabilmente corre alla ben nota visione della Procura della Repubblica di Milano, ufficio tra i più attivi nell'applicazione del d. lgs. 231/2001, espressa – e, forse, determinata – da Francesco Greco proprio nell'ambito della lotta alla corruzione. Infatti, Greco sostiene che, attesi il «fallimento dei controlli interni», «che non hanno [...] dato prova di esistenza», e l'«inerzia o inefficienza dimostrata dai controlli preventivi», «non deve sorprendere la constatazione che, negli ultimi venti anni, l'unico efficace strumento di controllo sulle società e sui mercati sia stato quello penale». Peraltro, la posizione di Greco è – come lui stesso riconosce con una certa franchezza – quella caratteristica del pubblico ministero, che, «per una sorta di deformazione professionale, finisce per ravvisare illeciti in ogni manifestazione sociale»¹⁷. Per glissare sul fatto che «rarissime sono [...] le pronunzie di merito che hanno prosciolto l'ente in ragione dell'adozione dei [...] modelli, alcune delle quali nemmeno hanno superato il vaglio di legittimità», stante il perdurare dell'«inaccettabile

¹⁷ GRECO, Francesco. Perché “fallisce” il sistema dei controlli? In: BRESCIA, Franco-TORCHIA, Luisa-ZOPPINI, Andrea (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società?:* seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012, p. 127-128 e 131.

equazione per cui la realizzazione del reato presupposto sarebbe di per sé la prova dell'inadeguatezza del programma di *compliance*»¹⁸.

Se l'ottica con cui l'autorità giudiziaria guarda alla lotta alla corruzione è non neutrale ma suggestionata da sbrigativi preconcetti, in quale accoglienza potrà mai confidare l'ente cooperativo? Infatti, un atteggiamento diffidente potrebbe, nella migliore delle ipotesi, indurre l'autorità giudiziaria a non vedere con fiducia e, quindi, a non considerare la cooperazione dell'ente nelle indagini o, all'opposto, e in modo peggiore, a considerare la mancata cooperazione alla stregua di un «indizio di opacità e ambiguità di comportamento della persona giuridica». Peraltro, il rischio sarebbe, in quest'ultimo caso, che «lo stesso esercizio del diritto di difesa, inteso anzitutto come diritto al silenzio e alla non collaborazione, venga valutato dal giudice come colpa per omessa reazione all'illecito», vale a dire come «sintomo a posteriori della inefficace attuazione del modello preventivo eventualmente adottato». Per questa via, «potrebbe offuscarsi la stessa linea di demarcazione tra rischio consentito, legato all'esercizio delle proprie prerogative difensive, e rischio non consentito sanzionabile»¹⁹.

Occorre, naturalmente, distinguere caso per caso, ma «un atteggiamento *a priori* negativo nei confronti delle misure prese dalle imprese private, certo non agevola una efficace lotta alla corruzione»²⁰.

6. LA CAUSA MAGGIORE DELLA CRISI DEL SISTEMA COOPERATIVO E, PIÙ IN GENERALE, DELL'IMPIANTO NORMATIVO DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE.

In realtà, quelli segnalati nei paragrafi 4 e 5 che precedono descrivono soltanto alcuni indicatori di un malessere più diffuso patito

¹⁸ PISTORELLI, Luca. La responsabilità da reato degli enti: un bilancio applicativo. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 616-617, 2017.

¹⁹ SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 640, 2018.

²⁰ BONELLI, Franco. "Collaborazione" tra autorità pubbliche e società private per un'efficace lotta alla corruzione. *Diritto del commercio internazionale*, v. 3, p. 678, 2012.

dal sistema cooperativo tracciato nel comma 5-*bis* dell'art. 25 d. lgs. 231/2001 e, più in generale e ancora prima, dalla disciplina tutta della responsabilità dell'ente.

Nella prospettiva di prevenzione, in particolare dei fenomeni corruttivi, all'ente è richiesto di esercitare una sorveglianza sempre più minuziosa, continua e ingombrante, mediante «un crescendo di protocolli preventivi da osservare sempre più rigidi [...] in corrispondenza dei molteplici scopi cautelari fissati dalla legge»²¹, ivi compresa l'anticorruzione. In questo senso, è, al contempo, emblematico e allarmante il dato cronologico-oggettivo: dal 2001, anno di entrata in vigore del d. lgs. 231/2001, al 2012, anno di entrata in vigore della l. 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione, la gestione, in termini di prevenzione, dei delitti di matrice corruttiva è stata posta a carico esclusivo dell'ente privato.

Nonché la proliferazione e l'intensificazione di cautele e la ramificazione della vigilanza rischiano, mediante congegni più insidiosi che in passato (incentivazione delle segnalazioni e, oggi, sollecitazione alla cooperazione con l'autorità giudiziaria), di stringere ulteriormente le già strette corde della “camicia di forza” disciplinare applicata all'ente da un legislatore ancora innamorato dei tratti della «società punitiva»²² tipici degli anni Settanta del secolo scorso.

A questo punto, c'è, allora, da interrogarsi se la venuta della «modernità liquida»²³ abbia effettivamente comportato per l'ente il

²¹ SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 626, 2018.

²² FOUCAULT, Paul-Michel. *La società punitiva*: corso al Collège de France (1972-1973). Milano: Feltrinelli, 2016; FOUCAULT, Paul-Michel. *Sorvegliare e punire*: nascita della prigione. Torino: Einaudi, 1993; nello specifico ambito della responsabilità degli enti, v. SERENI, Andrea. *L'ente guardiano*: l'autorganizzazione del controllo penale. Torino: Giappichelli, 2016.

²³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernità liquida*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2011 osserva che «gli abitanti del Panopticon erano incatenati al loro posto e impossibilitati a muoversi, [...] legati ai loro letti, celle o banchi di lavoro. Non potevano muoversi perché erano sotto stretta osservazione [...] La fine del Panopticon preconizza la fine dell'epoca del reciproco coinvolgimento: tra

definitivo superamento del “modello panottico”, vale a dire del modello fondato su un rapporto di stretta osservazione tra controllore e controllato.

A riflettere sul progresso del diritto penale odierno sembra, nondimeno, che l'evoluzione su larga scala verso una fase “post-panottica” possa dirsi tutt'altro che confermata per l'ente. Infatti, l'approccio legislativo e giurisprudenziale attesta, in questo settore sociale strategico, che il “modello panottico” non è stato affatto rimpiazzato con paradigmi nuovi, ma va, piuttosto, progredendo in qualcosa di più articolato e, forse, di più penetrante del primigenio Panopticon. Per la responsabilità dell'ente, si può parlare, all'inverso, di implementazione di un “modello neo-panottico”, il cui paradigma punitivo mira a prospettare un criterio di controllo interno “totale” e “circolare”. Infatti, rispetto al tradizionale “modello panottico”, dall'ente si esige un controllo non più solo, o primariamente, organizzato in senso gerarchico “*top-down*”, ma progettato anche in modo tale che le informazioni siano convogliate “*bottom-up*”, sì che il controllato possa, a sua volta, vigilare sul controllore (c.d. “*whistleblowing*” di cui all'art. 6 commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* d. lgs. 231/2001), e si propaghino in senso orizzontale all'esterno, in modo appunto da includere, per lo meno occasionalmente nelle ipotesi più gravi, anche l'autorità giudiziaria entro la circonferenza del microcosmo aziendale. In questo senso, è emblematico lo sforzo corale richiesto all'ente dal comma 5-*bis* dell'art. 25 d. lgs. 231/2001 nel senso di una denuncia tempestiva degli illeciti di matrice corruttiva eventualmente scoperti²⁴.

Per queste ragioni, sia pure ricordate per sintesi, sembra che il rischio di una deriva “neo-panottica” si sia già concretato a causa della corrente ideologia che esalta, in particolare rispetto al fenomeno corruttivo, l'efficienza tecnico-scientifica della prevenzione e l'efficacia repressiva della reazione. Per fare solo un esempio, si pensi alla prospettata ipotesi di immaginare «una

controllori e controllati, capitale e lavoro, *leader* e seguaci. La principale tecnica di potere diventa ora la fuga, l'evasione, il distacco, il netto rifiuto di qualsiasi confinamento territoriale».

²⁴ Per un raffronto con il diritto statunitense, v. MAZZACUVA, Federico. La diversione per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti *de iure condendo*. *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, v. 2, p. 81, 2016; RUGGIERO, Rosa Anna. *Non prosecution agreement* e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico. *Diritto penale contemporaneo*, p. 8, 12 ottobre 2015.

strategia “collaborativa” che include, nei programmi di *compliance*, procedure di selezione dei *manager* e del personale in base alla loro “propensione al reato”, da valutare alla luce di “test [psicologici] ormai corroborati”, in grado di svelare i *corporate psychopaths*, e di mettere a nudo “furbizia” e “capacità di manipolazione” nel “tenere il comportamento che fa una migliore impressione sul posto di lavoro e durante i colloqui professionali”²⁵.

A ciò si coniughi la tendenza in atto a modellare l’organizzazione aziendale sull’archetipo del *bad man*, muovendo dall’assunto che nella personalità di ciascuno alberga un “lato oscuro” in grado di coltivare propositi criminosi²⁶. La prevenzione e la reazione al fenomeno corruttivo vengono, allora, articolate in funzione della “normalità della devianza” invece che della normalità del comportamento socialmente corretto²⁷. Per questa via, il modello organizzativo e l’attività di vigilanza guadagnano un *surplus* di coartazione, anche simbolica, dando origine a una corsa improduttiva alla prevenzione e alla trasparenza “totali”.

7. QUALE ANTIDOTO ALL’INEFFICACIA DEL SISTEMA COOPERATIVO ABBOZZATO NEL COMMA 5-BIS DELL’ART. 25 D. LGS. 231/2001?

Chi scrive si trova, suo malgrado, d’accordo con la previsione di chi ritiene che «questa “chiamata alle armi” contro la criminalità

²⁵ BERTOLINO, Marta. Dall’organizzazione all’individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire. *Criminalia*, p. 31-32, 2014, commentata anche in SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell’ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, v. 3-4, p. 626-627, 2018.

²⁶ GARAPON, Antoine. La responsabilità delle persone giuridiche e le nuove “regole del gioco” mondiale. I paradigmatici casi BNP-Paribas e Alstom. In: CENTONZE, Francesco-MANTOVANI, Massimo (a cura di). *La responsabilità “penale” degli enti*: dieci proposte di riforma. Bologna: Il Mulino, 2016. p. 42, secondo cui «bisogna purtroppo fare i conti con le naturali tendenze dell’uomo comune: il diritto deve sempre presupporre di avere a che fare col *bad man*, e non c’è linea guida, codice di condotta o “carta etica” che possa sostituirsi all’applicazione della legge penale».

²⁷ BIANCHETTI, Raffaele. *La paura del crimine*: un’indagine criminologica in tema di *mass media* e politica criminale ai tempi dell’insicurezza. Milano: Giuffrè, p. 217, 2018.

affaristica sembra destinata a divenire il nocciolo duro del rimprovero penale e dell'irrogazione, in caso d'inadempienza, della sanzione a carico dell'ente collettivo». Infatti, «la colpa di questa “comunità”, di questo aggregato di persone fisiche, consiste, a questo punto, nel restare inattivi o nel non attivarsi in modo adeguato contro i rischi interni di condotte criminali»²⁸, per prima cosa autodenunciandosi.

Ciò atteso, il rimedio alle criticità riassunte nei paragrafi che precedono è semplice: occorre mutare prospettiva. La lotta alla corruzione richiede uno sforzo e un impegno comuni, vale a dire non solo dell'ente privato, ma anche della parte pubblica, ognuno per il proprio ruolo. Occorre, cioè, che nasca e si sviluppi un'indispensabile collaborazione tra pubblico e privato, che favorisca, nel tempo, il superamento degli elementi dissuasori interni ed esterni all'ente, di cui si è fatto cenno nei paragrafi 4 e 5 che precedono, che frenano, di fatto, la cooperazione di quest'ultimo nella reazione al fenomeno corruttivo intraorganizzativo.

In che modo? Lo precisano molto chiaramente le raccomandazioni del vertice G20 sulla lotta alla corruzione tenuto a Los Cabos (Messico) il 17 giugno 2012, ai cui lavori hanno partecipato, accanto alle organizzazioni OCSE, UNDOC, *Transparency International*, *World Economic Forum (WEF)* e *International Chamber of Commerce (ICC)*, anche i rappresentanti del mondo industriale internazionale.

In particolare, sono state individuate e suggerite, tra le principali aree di intervento nella lotta alla corruzione, specifiche azioni da adottare, nel breve/medio periodo, da parte non solo del mondo delle imprese, ma anche delle autorità governative. Infatti, l'aspetto che merita di essere sottolineato è la rinnovata importanza riconosciuta, a livello internazionale, alla cooperazione tra autorità pubbliche ed enti privati e, soprattutto, all'esigenza di “facilitare” questa cooperazione istituendo specifici incentivi per l'ente che investa un ruolo attivo nella lotta alla corruzione e promuovendo programmi trasparenti e strutturati di “*leniency*” al fine di incoraggiare l'attività di *self-reporting*, vale a dire di segnalazione

²⁸ SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 622-623, 2018.

spontanea di condotte illecite alle autorità competenti, e la cooperazione dell'ente stesso con l'autorità giudiziaria. Le raccomandazioni le seguenti.

«Government-driven actions - Government should:

Establish appropriate forms of “High Level Reporting Mechanisms” to address allegations of solicitation of bribes by public officials. In particular, governments should ensure the involvement of top authorities and set up such a mechanism in close cooperation with the support of the private sector and civil society.

Introduce clear and concrete system of leniency for companies that self-report corruption cases and/or cooperate in the investigation phase with relevant authorities.

Establish a framework for addressing multiple jurisdiction issues and effectively implement article 4.3 of the OECD Anti-Bribery Convention (on “Jurisdiction”) and articles 48 and 49 of UNCAC (on “Law enforcement cooperation” and “Joint investigations”).

Develop or revise relevant national rules, regulations, legislation or prosecutorial guidelines, as appropriate and permissible, to implement the principle of “Ne Bis In Idem”, i) to take into account as a final judgment the closing of an anti-bribery investigation of a company in a foreign jurisdiction, including by means of a non-prosecution agreement, a deferred prosecution agreement, or a negotiated settlement, consent decree, or plea agreement, ii) to avoid duplicative penalties, sanctions and disgorgement of profit by different jurisdictions whether applied by criminal authorities or civil regulators»²⁹.

8. CONCLUSIONI PROVVISORIE.

Il tema del ruolo da riconoscere all'ente nella lotta alla corruzione è vasto e in relazione a esso è possibile sviluppare diverse riflessioni.

In ambito internazionale, la cooperazione tra ente e autorità giudiziaria, innanzitutto nella gestione delle cc.dd. “red flags” rilevanti e

²⁹ MANTOVANI, Massimo. Raccomandazioni del gruppo lavoro del B20 sulla anticorruzione e sulla trasparenza. *Diritto del commercio internazionale*, v. 3, p. 673-674, 2012.

prima dell'instaurazione di formali procedimenti di indagine, è sempre più centrale. Dunque, si rafforza il convincimento che anche in Italia si debba avviare un percorso di cooperazione tra ente e autorità giudiziaria nella lotta alla corruzione serio e responsabile, libero dai pregiudizi e dalla sfiducia che spesso qualificano i due fronti, principalmente nella delicata fase delle indagini preliminari.

Un sistema della responsabilità dell'ente edificato sul condizionamento organizzativo di comportamenti collettivi non può eludere il problema di una «precisazione delle sfere di libertà e di auto-responsabilità individuali»³⁰. È un problema anzitutto di valori, che chiama in causa la politica del diritto e, quindi, l'azione del legislatore.

Allora, occorre uno sforzo e un impegno legislativo per disciplinare, in modo rigoroso e credibile, e, per questa via, riuscire ad attivare un rapporto di fiducia biunivoco sulla volontà e sulla capacità dell'ente di prevenire e di ricercare condotte corruttive o, più in generale, illecite, pure nella consapevolezza dei suoi ridotti poteri di indagine e nella capacità di cogliere le dinamiche interne al mondo delle imprese³¹.

È altrettanto noto che per attivare forme privatistiche di reale cooperazione occorrono incentivi seri, quali in parte vengono raccomandati dal G20 (sistemi di “*leniency*” per stimolare segnalazioni all'autorità giudiziaria di casi di corruzione o di segnali di allarme di corruzione tempestive, vale a dire prima dell'avvio di indagini da parte dell'organo

³⁰ SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 628, 2018.

³¹ Come sottolinea SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 633, 2018, «il nuovo diritto “penale” delle società» non è «un diritto penale del singolo avvenimento, che accerta e reprime agitazioni in superficie, piccole increspature, “le onde che le maree sollevano col loro possente movimento”» (così BRAUDEL, Fernand. *Scritti sulla storia*. Milano: Bompiani, p. 11-12, 2016), ma «sembra costruito invece per catturare una storia di “lunga durata”, delle relazioni strutturali e delle cause profonde che alimentano i singoli avvenimenti “rumorosi” colti dal diritto penale tradizionale»; v., anche, GENTILE, Emilio. *Il fascino del persecutore*: George L. Mosse e la catastrofe dell'uomo moderno. Roma: Carocci, p. 139-141, 2018.

pubblico inquirente), e lo sforzo di individuare uno statuto comune di garanzie per l'ente cooperativo.

Tessendo le fila di complesse politiche della prevenzione e progettando un futuro ragionevolmente “mite” della responsabilità dell'ente, occorre, cioè, che il legislatore cerchi di definire un “modello” attorno cui rendere espliciti e certi i presupposti, i termini e i vantaggi della cooperazione dell'ente e precisare preventivamente la cornice della negoziazione con l'autorità giudiziaria, sì da garantire un equilibrato e accettabile bilanciamento tra efficienza preventivo-repressiva ed esigenze di libertà per l'ente e all'interno dell'ente.

Se il legislatore deciderà di compiere questo passo, esso potrà conseguire un risultato assai maggiore di quelli finora avuti: «l'adesione alla comune meta della prevenzione e la condivisione delle informazioni rilevanti»³². Soprattutto, si tratterà di un risultato, del quale vi è una reale e condivisa necessità, che muove nel solco auspicato dalle convenzioni internazionali e dalle raccomandazioni del G20.

Anche a costo di apparire superati dai tempi e distonici rispetto al clima culturale della post-modernità³³, si è, tutt'ora, convinti che «la Costituzione sia in grado di fornire un contributo fondamentale alla promozione di un diritto penale razionale e rispettoso di *standard* di civiltà»³⁴. In particolare, e in conclusione, il progetto di enunciazione di un “manifesto” della cooperazione tra ente e autorità giudiziaria nella lotta alla corruzione dovrebbe muovere dalla rinnovata consapevolezza – in capo, anzitutto, al legislatore, ma, a seguire, all'ente e alla società civile tutta – che il «fine ultimo dell'organizzazione sociale» risiede, in forza dell'art. 2 Cost., nello «sviluppo di ogni singola persona umana»³⁵. Ciò significa che «non è l'uomo in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in

³² CENTONZE, Francesco. Responsabilità da reato degli enti e *agency problems*. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 3, p. 986, 2017.

³³ BAUMAN, Zygmunt. *Il disagio della postmodernità*. Milano: Editori Laterza, 2018.

³⁴ DOLCINI, Emilio. Pena e Costituzione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 1, p. 29, 2019.

³⁵ Corte cost., 29 aprile 1999 (dep. 10 maggio 1999), n. 167, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 683.

funzione dell'uomo»³⁶. Sull'inviolabilità dei principi supremi – «che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale»³⁷, che acquistano il senso classico di «garanzia negativa contro indebite intromissioni dell'autorità [...] nella sfera riservata all'individuo»³⁸, che valgono non solo nei confronti dei poteri pubblici ma, secondo il principio della *Drittwirkung*, anche nei rapporti interprivati³⁹ e la cui tutela si estende, sempre in forza dell'art. 2 Cost., alle «formazioni sociali ove si svolge la personalità» umana, ivi compreso l'ente – dovrebbe, dunque, svilupparsi questo “manifesto” dei rapporti cooperativi tra l'ente e l'autorità giudiziaria. Vale a dire sulla consapevolezza che l'ente deve essere riconosciuto e garantito in quanto «consenta e favorisca il libero sviluppo della persona» e «garantisca la tutela di “interessi diffusi” rilevanti costituzionalmente»⁴⁰.

BIBLIOGRAFIA

AMARELLI, Giuseppe. L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991). In: MAIELLO, Vincenzo (a cura di). *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*. Torino: Giappichelli, 2015. p. 197-238.

³⁶ MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam, p. 155, 1975.

³⁷ Corte cost., 15 dicembre 1988 (dep. 29 dicembre 1988), n. 1146, in *Foro italiano*, v. 1, p. 609, 1989.

³⁸ ONIDA, Valerio. Relazione. In: AA. VV. (a cura di). *I diritti fondamentali oggi: atti del V convegno dell'associazione italiana dei costituzionalisti*. Padova: Cedam, 1995. p. 69.

³⁹ Corte cost., 2 aprile 1969 (dep. 17 aprile 1969), n. 84, in *DeJure*; Corte cost., 12 luglio 1979 (dep. 26 luglio 1979), n. 88, in *Giurisprudenza costituzionale*, v. 1, p. 656, 1979; Corte cost., 30 giugno 1986 (dep. 14 luglio 1986), n. 184, in *Giurisprudenza costituzionale*, v. 8, 1986; Corte cost., 6 febbraio 2006 (dep. 10 febbraio 2006), n. 50, in *Giurisprudenza italiana*, v. 12, p. 2242, 2006; Corte cost., 21 giugno 2006 (dep. 6 luglio 2006), n. 266, in *Il civilista*, v. 4, p. 13, 2009; Corte cost., 11 luglio 2007 (dep. 24 luglio 2007), n. 321, in *Giurisprudenza costituzionale*, v. 4, p. 3124, 2007.

⁴⁰ BARBERA, Augusto. *Sub art. 2 Cost.* In: BRANCA, Giuseppe (a cura di). *Commentario della Costituzione*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1975. p. 109.

ARLEN, Jennifer. L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 1-2, p. 1-40, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernità liquida*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Il disagio della postmodernità*. Milano: Editori Laterza, 2018.

BERTOLINO, Marta. Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire. *Criminalia*, p. 15-35, 2014.

BIANCHETTI, Raffaele. *La paura del crimine: un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*. Milano: Giuffrè, 2018.

BONELLI, Franco. "Collaborazione" tra autorità pubbliche e società private per un'efficace lotta alla corruzione. *Diritto del commercio internazionale*, v. 3, p. 675-687, 2012.

BRAUDEL, Fernand. *Scritti sulla storia*. Milano: Bompiani, 2016.

CARRERA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale: parte generale*. Lucca: Il Mulino, 1871.

CENTONZE, Francesco. Responsabilità da reato degli enti e *agency problems*. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 3, p. 945-987, 2017.

DI MARTINO, Alberto. *La sequenza infranta: i profili della dissociazione tra reato e pena*. Milano: Giuffrè, 1998.

DOLCINI, Emilio. Pena e Costituzione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 1, p. 3-33, 2019.

FILANGIERI, Gaetano. *La Scienza della Legislazione*. Napoli: Grimaldi & C., 2003.

FIORELLA, Antonio. Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 1, p. 517-531, 2019.

FORTI, Gabrio. *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2000.

FOUCAULT, Paul-Michel. *La società punitiva: corso al Collège de France (1972-1973)*. Milano: Feltrinelli, 2016.

FOUCAULT, Paul-Michel. *Sorvegliare e punire: nascita della prigione*. Torino: Einaudi, 1993.

GARAPON, Antoine. La responsabilità delle persone giuridiche e le nuove “regole del gioco” mondiale. I paradigmatici casi BNP-Paribas e Alstom. In: CENTONZE, Francesco-MANTOVANI, Massimo (a cura di). *La responsabilità “penale” degli enti: dieci proposte di riforma*. Bologna: Il Mulino, 2016. p. 56-100.

GENTILE, Emilio. *Il fascino del persecutore: George L. Mosse e la catastrofe dell'uomo moderno*. Roma: Carocci, 2018.

GRECO, Francesco. Perché “fallisce” il sistema dei controlli? In: BRESCIA, Franco-TORCHIA, Luisa-ZOPPINI, Andrea (a cura di). *Metamorfosi del diritto delle società?: seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2012.

HASSEMER, Winfried. *Perché punire è necessario*. Bologna: Il Mulino, 2012.

MAIELLO, Vincenzo. Fuga dalla sanzione e postmodernità penalistica. In: MOCCIA, Sergio (a cura di). *La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998. p. 115 ss.

MANES, Vittorio. L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale. *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, v. 2, p. 105-122, 2019.

MANTOVANI, Massimo. Raccomandazioni del gruppo lavoro del B20 sulla anticorruzione e sulla trasparenza. *Diritto del commercio internazionale*, v. 3, p. 671-674, 2012.

MASULLO, Maria Novella. L'emersione del patto corruttivo: il nuovo fronte degli strumenti premiali e investigativi. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 3, p. 1257-1287, 2019.

MAZZACUVA, Federico. La diversione per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti *de iure condendo*. *Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo*, v. 2, p. 80-88, 2016.

MOCCIA, Sergio. *La “promessa non mantenuta”: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

MORTATI, Costantino. *Istituzioni di diritto pubblico*. Padova: Cedam, 1975.

ONIDA, Valerio. Relazione. In: AA. VV. (a cura di). *I diritti fondamentali oggi: atti del V convegno dell'associazione italiana dei costituzionalisti*. Padova: Cedam, 1995. p. 69 ss.

PADOVANI, Tullio. Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 2, p. 398-436, 1986.

PALIERO, Carlo Enrico. Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto. In: BARILLARO, Michele (a cura di). *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 141 ss.

PATRONO, Paolo. *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*. Padova: Cedam, 1993.

PELLISSERO, Marco. La nuova disciplina della corruzione tra repressione e prevenzione. In: MATTARELLA, Bernardo Giorgio-PELLISSERO, Marco (a cura di). *La legge anticorruzione*. Torino: Giappichelli, 2013. p. 347-353.

PIERGALLINI, Carlo. Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato degli enti. *Diritto penale e processo*, v. 4, p. 530-549, 2019.

PISTORELLI, Luca. La responsabilità da reato degli enti: un bilancio applicativo. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 610-622, 2017.

PULITANÒ, Domenico. Le cause di non punibilità dell'autore della corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis. *Diritto penale e processo*, v. 5, p. 600-607, 2019.

RACITI, Annamaria. Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3, p. 677-699, 2005.

RUGA RIVA, Carlo. *Il premio per la collaborazione processuale*. Milano: Giuffrè, 2002.

RUGGIERO, Rosa Anna. *Non prosecution agreement* e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico. *Diritto penale contemporaneo*, p. 1-18, 12 ottobre 2015.

SANTORIELLO, Ciro. Anche nei confronti degli enti collettivi il decreto anticorruzione mostra inutili e incoerenti “furori sanzionatori”. *Diritto penale e processo*, v. 6, p. 756-761, 2019.

SERENI, Andrea. Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, v. 3-4, p. 620-642, 2018.

SERENI, Andrea. *L'ente guardiano: l'autorganizzazione del controllo penale*. Torino: Giappichelli, 2016.

SUTHERLAND, Edwin Hardin. White Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, p. 1-12, 1940. <https://doi.org/10.2307/2083937>

SUTHERLAND, Edwin Hardin. *White Collar Crime: The Uncut Version*. New Heaven: Yale University Press, 1983.

VANNUCCI, Alberto. La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da “mani pulite”. In: FORTI, Gabrio (a cura di). *Il prezzo della tangente: la corruzione come sistema a dieci anni da “mani pulite”*. Milano: Vita e Pensiero, 2003. p. 1-68.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

- *Riccardo Roscini-Vitali:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Vittore d'Acquarone:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 07/08/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/08/2020
- Avaliação 1: 03/09/2020
- Avaliação 2: 07/09/2020
- Decisão editorial preliminar: 20/09/2020
- Retorno rodada de correções: 30/09/2020
- Decisão editorial final: 01/10/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (RO)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ROSCINI-VITALI, Riccardo; D'ACQUARONE, Vittore. Sul ruolo dell'ente nel contrasto alla corruzione: un moderno Atlante. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1389-1413, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.440>



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

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

Fundamentals of Criminal Procedure

A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno

*Crime victim and International Criminal Court:
an undeniable model to the lawmaker*

Teresa Lancry Robalo¹

Universidade de Macau – Macau, China

teresaso@um.edu.mo

 <http://orcid.org/0000-0001-5449-063X>

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar o nível de tutela conferida à vítima pelo Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, o qual abarca tanto uma vertente substantiva como processual, tendo levado em linha de conta os Estatutos, bem como as decisões tomadas pelos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda. Sucede, porém, que estes pecavam por não preverem um verdadeiro modelo em prol da vítima, pelo que o Estatuto de Roma, conjugado com o seu Regulamento de Procedimento e Prova, veio aditar um conjunto de medidas cruciais que visam proteger as vítimas e testemunhas, dar-lhes a possibilidade de participarem no processo e, ainda, garantir a reparação. Revela-se, pois, como um paradigma a ser levado em linha de conta pelo legislador interno, independentemente de o respetivo Estado ser ou não parte deste instrumento de Direito Internacional. Concluímos que o papel desempenhado pela comunidade internacional nesta chamada de atenção para a vítima deve ser levado em linha de conta em sede interna permitindo assim, com Nils

¹ Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Doutora em Direito. Membro da World Society of Victimology, do European Forum for Restorative Justice, da Associação Internacional de Criminologia de Língua Portuguesa, do Victim Support Europe, da Asian Criminological Society e da European Society of Criminology. Antiga investigadora externa do extinto INTERVICT, Universidade de Tilburg, Holanda. O presente trabalho leva em linha de conta um dos temas abordados na nossa tese de doutoramento intitulada “O estatuto da vítima de crimes e o princípio da presunção de vitimização”, não publicada.

Christie, que à vítima seja devolvido um conflito que é o seu. O presente estudo emprega uma metodologia qualitativa, atendendo essencialmente à doutrina e partindo da análise da inovação trazida pelo Tribunal Penal Internacional sobre esta temática. A hipótese que nos orienta reside na assunção de que o modelo apresentado pelo Estatuto de Roma em prol das vítimas tem potencial para ser levado em consideração pelo legislador interno.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto de Roma; Participação; Proteção; Reparação; Tribunal Penal Internacional; Vítima.

ABSTRACT: *This paper aims at having a closer look to the level of protection afforded by the Rome Statute to crime victims, as well by its Rules of Procedure and Evidence. The Rome Statute, which encompasses both substantial and procedural norms, has taken the Statutes and the decisions adopted by the ad hoc International Criminal Tribunals for ex-Yugoslavia and Rwanda. However, the latter did not provide a clear model that aimed at victims' protection. Therefore, Rome Statute and its Rules of Procedure and Evidence added a set of central measures that aim at protecting victims and witnesses, giving them the opportunity to take part in the process and granting them proper reparation. It shows up as being a paradigm to be taken into account by the internal legislator, even if the State is not a member of the Rome Statute. Hence, the role played by the international community in this regard must be taken into account by the legislator, allowing the victim to regain a conflict that indeed belongs to him/her, as previously argued by Nils Christie. This study makes use of a qualitative methodology, essentially taking literature into deep consideration and starting from the study of the innovation brought by the International Criminal Court on this matter. It is the author's aim to emphasize its importance as a potential model to be offered to the national legislator. Our hypothesis relies on the assumption that the model created by the Rome Statute towards victims has the potential to be considered by national legislator.*

KEY WORDS: *International Criminal Court; Participation; Protection; Reparation; Rome Statute; Victim.*

INTRODUÇÃO

A comunidade internacional tem-se preocupado sobremaneira com as vítimas de crimes, seja em termos globais, seja em sede regional.

Sem embargo dos vários instrumentos de Direito Internacional que não podem ser descurados a este respeito, como por exemplo a Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder de 1985, ou na Recomendação do Conselho da Europa sobre a posição da vítima no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, do mesmo ano, sem esquecer a Decisão-quadro da União Europeia de 2001, entretanto substituída pela Diretiva de 2012 ou, ainda, a Recomendação do Conselho da Europa sobre Assistência às vítimas de crimes, de 2006, atendemos por ora em concreto ao papel desempenhado pelo Estatuto de Roma e pelo Regulamento de Procedimento e Prova, pois que estes revelam um cuidado particular e abrangente para com a vítima de crimes, salvaguardando três direitos em concreto: o direito à participação, à proteção e à reparação. São justamente esses direitos que ocuparão doravante a nossa análise, com vista a descortinar o seu efetivo alcance.

I. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL – BREVE REFERÊNCIA HISTÓRICA

Antes de avançarmos para a análise do papel que as vítimas desempenham no âmbito de um processo em curso perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), cumpre apresentar sumariamente as raízes históricas do seu surgimento. Para o que nos interessa, acompanhamos a doutrina que salienta que, no que se prende às vítimas de crimes, o funcionamento deste Tribunal permanente sempre poderá servir de modelo a diversas ordens jurídicas internas – sejam ou não partes do referido Estatuto².

² Na exposição da matéria que se segue levaremos em consideração, entre outros posteriormente citados, WILLIAM A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4.^a edição, Cambridge University Press, 2011.

Para mais desenvolvimentos sobre o tema *vide*, entre outros e para além do autor citado, MARIA LEONOR ESTEVES ASSUNÇÃO, “O Tribunal Penal Internacional Permanente e o mito de Sísifo”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 8, fascículo 1.º, Janeiro-Março de 1998, p. 27-36, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a edição, Almedina, 2007, GEORGHIOS M. PIKIS, *The Rome Statute for the International Criminal Court – analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and supplementary instruments*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, LUKE MOFFETT, “Releasing Justice for victims before the International Criminal Court”, in *ICD Brief* 6, September

Foi necessário percorrer um longo caminho para que surgisse, na esfera jurídica internacional, um Tribunal dotado de jurisdição para julgar crimes de guerra, de genocídio, contra a humanidade ou de agressão. Efetivamente, conforme esclarece William A. Shabas, apesar dos esforços no sentido da criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, não foi possível atingir esse desiderato entre as duas Grandes Guerras mundiais, pese embora alguns jurisconsultos da Associação Internacional de Direito Penal tivessem preparado um Tratado da Liga das Nações com

2014, disponível em <http://www.internationalcrimesdatabase.org/upload/documents/20140916T170017-ICD%20Brief%20-%20Moffett.pdf>, GIUSEPPE ZAGO, “The role of victims at the International Criminal Court: legal challenges from the tension between restorative and retributive justice”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Milão, 2014, disponível em https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1415744172ZAGO_2014.pdf, FIONA MCKAY, “The International Criminal Court: A New Role for Victims in International Criminal Proceedings”, in *Adalah's Newsletter*, Volume 15, Julho de 2005, disponível em <https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/newsletter/eng/jul05/ar1.pdf>, MINA RAUSCHENBACH e DAMIEN SCALIA, “Victims and international criminal justice: a vexed question?”, in *International Review of the Red Cross*, Volume 90, número 870, Junho de 2008, disponível em <https://www.adalah.org/uploads/oldfiles/newsletter/eng/jul05/ar1.pdf>, VÉRONIQUE GINGRAS-GAUTHIER, “Les victimes devant la Cour pénale internationale: espoirs et défis”, in *Quid Justitiae*, 2013, disponível em <https://www.quidjustitiae.ca/blogue/les-victimes-devant-la-cour-penale-internationale-espoirs-et-defis>, ELISABETH BAUMGARTNER, “Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal

Court”, in *International Review of the Red Cross*, Volume 90, número 870, Junho de 2008, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21692.pdf>, ALMUDENA PÉREZ VIZÁN, “Las víctimas ante la Corte Penal Internacional ¿El final del oxymoron víctimas-justicia internacional?”, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26828.pdf>, NATACHA BRACQ, “Analyse comparée de la participation des victimes devant la Cour Pénale Internationale et devant les juridictions pénales des pays de tradition romanogermanique”, in *La Revue des droits de l'homme*, 4, 2013, Varia, disponível em <https://revdh.revues.org/316>, CLAIRE GARBETT, “The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice”, in *Restorative Justice. An International Journal*, Agosto de 2017, disponível em <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/20504721.2017.1339953>, HUMAN RIGHTS CENTER, *The victims' Court? A Study of 622 Victim Participants at the International Criminal Court*, 2015, disponível em https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/VP_report_2015_final_full2.pdf, todos acedidos pela última vez a 19 de Novembro de 2017.

esse propósito o qual, no entanto, nunca chegou a entrar em vigor devido ao escasso número de ratificações³.

Nos últimos anos da Segunda Guerra Mundial, os Aliados afirmaram a sua determinação em julgar os nazis pelos crimes de guerra, na Declaração de Moscovo de 1943. No que prende à Europa, o acordo para o julgamento e punição dos mais relevantes criminosos de guerra do Eixo Europeu e para a criação da Carta do Tribunal Militar Internacional foi formalmente adotado a 8 de Agosto de 1945. A jurisdição do Tribunal dizia respeito a crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, levantando-se ainda o problema da inexistência de lei prévia que incriminasse esses atos, o que foi contornado por muitos que invocaram, nomeadamente, o Tratado de Sèvres de 1920, um Tratado de paz que surgia na decorrência das perseguições que os arménios tinham sido alvo desde 1915⁴.

Devido a essa lacuna à escala internacional, que fazia com que se remetessem os atos de genocídio aos crimes contra a humanidade, a 11 de Dezembro de 1946 foi adotada a Resolução n.º 96 (I) da Assembleia Geral das Nações Unidas declarando o genocídio como um crime contra o direito internacional e apelando à elaboração de uma convenção sobre esta matéria, a qual acabou por ser adotada em 1948 e entrou em vigor na ordem jurídica internacional a 12 de Janeiro de 1952.

De salientar, ainda, que foi criada uma Comissão de Direito Internacional, sob os auspícios da Assembleia Geral da ONU, com vista a preparar um Estatuto do Tribunal Penal Internacional e ainda um Código de Crimes contra a paz e a segurança da humanidade, a qual não teve progressão devido à Guerra Fria. Enquanto o projeto de Estatuto do TPI continuava a ser estudado e elaborado, surgiram dois Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*: um para a ex-Jugoslávia, em 1993, e outro para o Ruanda, em 1994, ambos criados por Resolução do Conselho de Segurança. Segundo William Shabas, estes Tribunais apresentavam várias semelhanças, desde um Estatuto idêntico, um mesmo Procurador numa

³ WILLIAM A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 5.

⁴ WILLIAM A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 6-16.

primeira fase e a mesma composição da instância de recurso os quais, aliados ao trabalho que vinha sendo desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional, desempenharam um papel fundamental em termos de antecedentes jurídicos para o Estatuto de Roma do TPI⁵.

No seguimento das Resoluções da Assembleia Geral da ONU de 1996 e de 1997, uma conferência diplomática de plenipotenciários para a criação de um TPI teve lugar em Roma, a 15 de Junho de 1998, para onde mais de 160 Estados enviaram delegados, tendo ainda dela participado várias Organizações Internacionais e organizações não-governamentais. Essa conferência teve a duração de um mês até ao surgimento da versão final do Estatuto, incorporando já tanto disposições de direito penal substantivo, como de direito processual penal. Dos Estados presentes, 120 votaram a favor da proposta de Estatuto, 21 abstiveram-se e 7 votaram contra, entre os quais os Estados Unidos da América, Israel e a República Popular China⁶.

Será de salientar, na esteira de Trumbull, por sua vez citado pela UNODC, que o conjunto de soluções em prol das vítimas que encontramos no Estatuto de Roma, sejam elas de cariz substantivo ou adjetivo, visaram justamente dar cobro às críticas que eram tecidas aos Tribunais *ad hoc* anteriormente citados que pecavam no que concerne à sua tutela⁷.

Somos da opinião que nada impede que o texto do Estatuto de Roma, bem como a experiência acumulada desde a entrada em funcionamento do TPI, nomeadamente no que se prende ao conjunto de direitos conferidos às vítimas de crimes, sejam levados em consideração por ordenamentos jurídicos que não façam parte do Estatuto de Roma, pois os dispositivos que se prendem às vítimas de crimes assumem uma tal relevância que é digna da sua apreciação e eventual adoção na ordem jurídica interna.

⁵ WILLIAM A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 6-16.

⁶ WILLIAM A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 16-22.

⁷ CHARLES P TRUMBULL IV, The victims of victim participation in international criminal proceedings. *Michigan Journal of International Law*, vol. 29, 2008, p. 778. *apud* <https://www.unodc.org/e4j/en/crime-prevention-criminal-justice/module-11/key-issues/8--victims-of-crime-and-international-law.html>, acessado pela última vez a 9 de Março de 2020.

II. O ESTATUTO DE ROMA E O SEU MODELO PARADIGMÁTICO EM PROL DAS VÍTIMAS DE CRIMES

O Estatuto de Roma veio, conforme previsto no seu artigo 1.º, criar o Tribunal Penal Internacional, enquanto instituição permanente com vista a julgar “as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”, sendo complementar às jurisdições penais nacionais. Foi adotado em Roma a 17 de Julho de 1998, mas só entrou em vigor a 1 de Julho de 2002 quando, por respeito ao seu artigo 126.º, n.º 1, decorreu o período aí previsto contado após o depósito do 60.º instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

Nos termos deste tratado, o TPI passou a ter jurisdição para julgar, numa lógica de complementaridade e de subsidiariedade relativamente aos Estados partes ou com base num acordo *ad hoc* quanto aos Estados que não sejam partes (nos termos do artigo 12.º do Estatuto de Roma), as pessoas indiciadas por crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crimes de genocídio ou ainda crimes de agressão.

A doutrina tem feito questão de salientar que não restam dúvidas no sentido de que os Estados pretenderam reconhecer uma posição especial às vítimas e testemunhas, o que resulta da análise do Estatuto de Roma mas também das Regras de Procedimento e Prova⁸. O motivo deste

⁸ Para além do Regulamento do TPI e do Regulamento da Secretaria do TPI. Segundo PAULINA VEGA GONZÁLEZ, conseguem encontrar-se 115 referências às vítimas no cômputo dos quatro instrumentos referidos. In “O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal”, in *Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 3, n.º 5, São Paulo, Dezembro 2006, p. 21. Também RIANNE LETSCHERT salienta a importância que o Estatuto de Roma deu às vítimas de crimes, a tal ponto que poderá ser considerado como “o melhor modelo até agora para reduzir os riscos de vitimização secundária”. Nomeadamente, a autora salienta a necessidade de que os membros do Tribunal, incluindo magistrados, que lidem com vítimas de crimes, tenham experiência nesse campo, nomeadamente no que diz respeito a vítimas de crimes sexuais. In RIANNE LETSCHERT, “International Initiatives and Activities Focusing Specifically on Victims of Terrorism, Including Existing International Instruments”, in *Assisting Victims of Terrorism*, Editado por Rianne Letschert, Ines Staiger e Antony Pemberton, Springer, 2010, p. 39. No mesmo sentido, LUKE MOFFETT, “Releasing Justice for victims before the International Criminal Court” *cit.*, p. 5, salientando inclusive que “a justiça para as vítimas tem sido expressa como a

cuidado prende-se com o reconhecimento da situação de vulnerabilidade em que aquelas se encontram⁹.

De facto, o Estatuto visa proteger as vítimas e as testemunhas aquando da sua participação no processo, o que resulta claramente do seu artigo 68.º, sendo que o TPI deve prover à proteção da sua vida privada e dignidade, o que é mais premente quando os casos envolverem crimes de natureza sexual ou crianças, podendo nesses casos abrir-se uma exceção à regra da publicidade da audiência.

Às vítimas é reconhecido o direito de expressarem as suas opiniões, distinguindo-as de meras testemunhas (*vide*, a este respeito, os artigos 89 a 93 das Regras de Procedimento e Prova do Tribunal Penal Internacional)¹⁰. É de facto necessário dar às vítimas a possibilidade de “fazerem o seu luto” sendo certo que, para elas, será amiúde mais importante expressar o que lhes vai na alma do que receber uma compensação monetária¹¹. Mas é, contudo, evidente a importância da indemnização que é claramente assegurada nos termos do artigo 75.º do Estatuto, ao qual voltaremos infra.

Segundo a doutrina, com a qual concordamos na íntegra, a questão da tutela dos direitos das vítimas perante o TPI revela-se “num dos temas mais inovadores” que resultam do Estatuto de Roma, consubstanciando

razão de ser do Tribunal Penal Internacional”, reforçando ainda que o Estatuto de Roma adotou uma abordagem orientada para as vítimas.

⁹ A relevância dada às vítimas pelo TPI é igual e nomeadamente referida, de entre diversos outros autores, por ROBERT A. JERIN e LAURA J. MORIARTY, *The victims of crime*, New Jersey, Pearson, 2010, p. 264, GILBERT BITTI, “As vítimas perante o Tribunal Penal Internacional. Participação no processo”, in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, “Os desafios do Séc. XXI”*, Macau, Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, 2007, p. 329-352 ou SAM GARKAWE, “Have recent changes designed to benefit victims of international crimes added to the legitimacy of international criminal justice?”, in *International Criminal Justice. Legitimacy and Coherence*, Cheltenham e Northampton, Editora Edwar Elgar, 2012, p. 269-303.

¹⁰ TERESA LANCRY A. S. ROBALO, “Vítimas de terrorismo e justiça restaurativa – análise da questão tendo a Lei n.º 3/2006 sobre a prevenção do terrorismo (Macau) em consideração”, em vias de publicação, 2019, p. 5 da versão não publicada.

¹¹ TERESA LANCRY A. S. ROBALO, *Justiça Restaurativa. Um Caminho para a Humanização do Direito*, Lisboa, Editorial Juruá, 2012, p. 89-109

até “um dos maiores avanços da justiça penal internacional”¹². Não esqueçamos o próprio preâmbulo do Estatuto, onde pode ler-se que “(...) no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade”. A vivacidade com que as vítimas estavam na *mens legis* aquando da redação do Estatuto em apreço é inclusivamente salientada pela UNODC¹³.

Por seu turno, as Regras de Procedimento e Prova do TPI preveem um conjunto de medidas que visam a proteção das vítimas e das testemunhas, sendo de atender, em concreto, ao seu artigo 88.º onde se prevê a possibilidade de serem implementadas medidas especiais, nomeadamente de modo a facilitar o depoimento de vítimas ou testemunhas traumatizadas, crianças, pessoas idosas ou vítimas de violência sexual, em decorrência do disposto no artigo 68.º do Estatuto de Roma.

Ademais, este mesmo Regulamento de Procedimento e Prova abarca um conjunto de medidas que visam dar às vítimas a já supra referida possibilidade de participarem no procedimento (artigos 89.º a 93.º). Saliente-se que as vítimas podem escolher um representante legal mas, se estivermos perante um número significativo de vítimas, pode inclusivamente o Tribunal requerer que indiquem um único ou alguns representantes legais comuns¹⁴. Prevê-se ainda que a Secretaria do Tribunal possa dispensar assistência financeira apropriada às vítimas de modo a pagar os honorários a um representante legal.

¹² PAULINA VEGA GONZÁLEZ, “O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional (...)” *cit.*, p. 19. Também citado no nosso “Vítimas de terrorismo e justiça restaurativa (...)” *cit.*

¹³ In: <https://www.unodc.org/e4j/en/crime-prevention-criminal-justice/module-11/key-issues/8--victims-of-crime-and-international-law.html>, acedido pela última vez a 9 de Março de 2020.

¹⁴ Esse representante legal deve preencher as características previstas no artigo 22.º, n.º 1 destas Regras, por remissão do n.º 6 do seu artigo 90.º. Nomeadamente, deve ter competências específicas em sede de direito internacional ou criminal, bem como experiência adequada como magistrado, advogado ou semelhante. Deve ainda ter um conhecimento excelente e ser fluente em pelo menos uma das línguas usadas pelo TPI. Pode, ainda, ser assistido por outras pessoas como por exemplo por professores de direito com conhecimento relevante - tradução livre do artigo 22.º, n.º 1 das Regras de Procedimento e Prova.

De salientar é ainda, a título por ora introdutório, a expressa previsão do direito à reparação das vítimas conforme consta do já citado artigo 75.º do Estatuto de Roma (artigos 94.º a 99.º do supra referido Regulamento).

De acordo com Maria Leonor Esteves, os direitos de intervenção no processo, de proteção das vítimas e de reparação revelam-se como conceitos nucleares da chamada “vitimologia da ação”¹⁵, sendo certo que os mesmos têm vindo a ser paulatinamente reforçados desde a aprovação da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 40/34, de 1985¹⁶.

Segundo Luke Moffett, de notar será ainda o facto de se reconhecerem como principais necessidades das vítimas de crimes internacionais tanto aquelas que possam ser categorizadas de emocionais - como por exemplo a necessidade de lhes serem dados os meios necessários para beneficiarem de reabilitação psicológica face aos traumas vivenciados, o reconhecimento público da situação de vitimização ou ainda a tomada de medidas de proteção contra a revitimização – como, ainda, o desejo de receberem informação adequada sobre o motivo pelo qual foram vitimizadas¹⁷.

Algumas vítimas pretendem ainda que quem as vitimizara seja devidamente responsabilizado, sendo ainda certo que nem as necessidades das vítimas são absolutamente iguais (pois, se umas querem a punição do agente, outras quiçá preferem um outro tipo de abordagem face ao problema), nem essas necessidades assumem um carácter imutável no que concerne à mesma vítima, na medida em que as suas necessidades face ao crime sofrido poderão variar ao longo do tempo¹⁸.

¹⁵ MARIA LEONOR ESTEVES, “A vítima – da quase “invisibilidade” à obtenção de um “Estatuto”. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”, texto apresentado na Conferência organizada pela CIIDH – Escola de Direito da Universidade do Minho, sob o tema “Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar”, 2 de Junho de 2017, p. 5.

¹⁶ Citado no nosso “Vítimas de terrorismo e justiça restaurativa (...)” *cit.*

¹⁷ LUKE MOFFETT, “Releasing Justice for victims before the International Criminal Court” *cit.*, p. 2-3.

¹⁸ *Ibidem.*

1. DIREITO À PARTICIPAÇÃO

Após esta breve explanação em torno do regime jurídico respeitante às vítimas de crimes sob a jurisdição do TPI, cumpre regressar a Paulina Vega González que agrupa os direitos das vítimas em três núcleos fundamentais: o direito à participação, o direito à proteção e o direito à solitação de reparação.

Dando, por ora, um especial destaque ao primeiro, refira-se que, no seguimento da exposição efetuada pela autora, esse direito “pode ser exercido em qualquer das etapas do procedimento perante o Tribunal”, o que inclui as fases do inquérito, do processo ou da reparação, caso esta decorra em separado¹⁹.

De facto, o n.º 3 do artigo 68.º do Estatuto de Roma estabelece que “se os interesses pessoais das vítimas forem afetados, o Tribunal permitir-lhes-á que expressem as suas opiniões e preocupações na fase processual que entenda apropriada e por forma a não prejudicar os direitos do acusado nem a ser incompatível com estes ou com a realização de um julgamento equitativo e imparcial (...)”.

No caso ICC-01/04-01/06-925, a propósito da questão de saber se as vítimas têm ou não o direito de participar automaticamente nas instâncias de recurso, o Juiz Georghios M. Pikis veio, na sua “opinião concorrente”, efetuar uma interpretação do referido n.º 3 do artigo 68.º do Estatuto de Roma. Em termos históricos, o Magistrado entende que a base de uma tal disposição inovadora fora o artigo 6.º, alínea b) da Declaração de Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder – Resolução 40/34, supra citada.

O Magistrado conclui que “o direito à participação das vítimas enunciado no artigo 68.º, n.º 3 não tem paralelo imediato ou associação com a participação das vítimas em procedimentos penais quer na *common law*, como na Inglaterra e no País de Gales, onde não é reconhecido qualquer papel às vítimas no processo penal, exceto o direito de darem início à ação particular, quer no sistema Românico-Germânico, onde as vítimas [surgem] no papel de partes civis ou de assistentes e têm um

¹⁹ PAULINA VEGA GONZÁLEZ, “O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional (...)” *cit.*, p. 23.

âmbito de participação alargado no processo penal. Nos Estados Unidos da América, a maioria dos Estados reconhece às vítimas de crimes o direito a participarem no processo penal (...)", dando ainda os exemplos do Canadá, Austrália e Nova Zelândia^{20/21}.

Com vista a alcançar uma correta interpretação do artigo 68.º, n.º 3 do Estatuto de Roma - um Tratado - o Magistrado recorre aos artigos 31.º e 32.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969²². Nomeadamente, o n.º 1 do artigo 31.º da Convenção de Viena estabelece que "um tratado deve ser interpretado de boa-fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim".

A versão em língua inglesa do n.º 3 do artigo 68.º do Estatuto de Roma é clara ao referir que "*where the personal interests of the victims are affected, the Court shall permit their views and concerns to be presented and considered at stages of the proceedings determined to be appropriate by the Court (...)*" (negrito nosso). Ou seja, e como bem refere Georghios M. Pikis, sempre que estejam em causa interesses pessoais das vítimas que possam ser afetados pelo processo, o Tribunal "deve" (estando obrigado a) "permitir que as suas opiniões e preocupações sejam apresentadas e consideradas"²³.

No entanto, na opinião do Magistrado, as vítimas não chegam a ser consideradas "partes" no processo penal, nem lhes cabe fazer a prova da prática dos factos. O que o artigo 68.º do Estatuto de Roma lhes permite cinge-se a poderem apresentar as suas "opiniões e preocupações" relativas aos seus interesses pessoais quanto às perdas ou danos que tenham sofrido em virtude do crime que fora sobre elas praticado²⁴.

²⁰ ICC-01/04-01/06-925, 13/6/2007, p. 16-17, disponível em https://www.icc-cpi.int/iccdocs/JUDSUMM/JSV_ICC_0104_0106_925.pdf, acedido pela última vez a 9 de Março de 2020. Tradução livre.

²¹ GEORGHIOS M. PIKIS, *The Rome Statute for the International Criminal Court cit.*, p. 293.

²² ICC-01/04-01/06-925, 13/6/2007, p. 17.

²³ GEORGHIOS M. PIKIS, *The Rome Statute for the International Criminal Court cit.*, p. 19.

²⁴ GEORGHIOS M. PIKIS, *The Rome Statute for the International Criminal Court cit.*, p. 20.

Vimos acima que as vítimas podem manifestar-se nos termos expostos em qualquer fase do processo, desde que o Tribunal considere o momento oportuno (artigo 68.º, n.º 1 do Estatuto de Roma). Como tal, poderão por exemplo fazê-lo após a fase probatória na medida em que considerem que as provas apresentadas tenham reflexos nos seus interesses pessoais. Todavia, por respeito ao princípio da igualdade de armas²⁵ e de outras disposições do Estatuto, a última palavra deverá caber ao arguido²⁶.

A relevância atribuída às vítimas perante a jurisdição criminal internacional é igualmente referida, entre outros, por William A. Shabas que salienta a criação da *Victims and Witnesses Unit* junto da Secretaria do TIJ²⁷. O autor refere que o número de vítimas que têm manifestado o seu interesse em participar no processo tem vindo a aumentar. Nomeadamente, “em Outubro de 2008 a Secretaria do TPI anunciou que 960 vítimas tinham requerido a sua participação no processo (...) o que foi admitido pelo tribunal em 126 casos”²⁸.

A instância de julgamento no processo ICC-01/04-01/06 decidiu, a 8 de Abril de 2009, que o artigo 85.º das Regras de Procedimento e Prova abrange igualmente quem tenha sofrido um dano direto em decorrência do crime. Por conseguinte, considerou estarem aqui incluídas quer as vítimas “diretas”, quer as “indiretas”, definindo as primeiras como aquelas “cujo prejuízo seja o resultado da comissão de um crime sob a jurisdição do Tribunal” e estas últimas como “aquelas cujo prejuízo seja o resultado do dano sofrido pelas vítimas diretas”²⁹.

William A. Shabas esclarece que o conceito de vítimas indiretas engloba, nomeadamente, “os pais das vítimas, quem tenha sofrido um prejuízo enquanto intervinha com o intuito de assistir as vítimas e crimes genericamente direcionados à população civil”. Todavia, o autor esclarece

²⁵ Diríamos, antes, por força do princípio do contraditório.

²⁶ GEORGHIOS M. PIKIS, *The Rome Statute for the International Criminal Court cit.*, p. 23.

²⁷ WILLIAM A. SHABAS, *An introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 342.

²⁸ WILLIAM A. SHABAS, *An introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 348.

²⁹ ICC-01/04-01/06 – 1813, *Redacted version of “Decision on Indirect Victims”*, de 8/4/2009, parágrafo 44, p. 18.

que “o conceito não se estende às pessoas que sofreram um prejuízo em resultado da conduta de outras vítimas, como por exemplo aquelas que são vitimizadas pelas crianças soldado”³⁰.

A afirmação do autor supra citado carece ser contextualizada de modo a poder ser corretamente entendida. De facto, o TPI refere que não cabem no conceito de vítimas indiretas as pessoas que foram vitimizadas pelas crianças soldado, mas porque o caso que estava sob a sua apreciação prendia-se com a apreciação da culpa de quem alistara ou usara crianças para participarem ativamente nas hostilidades. Portanto, as vítimas da conduta do acusado eram precisamente as crianças soldado, para efeitos do caso em apreço. Como não cabem no conceito de “vítimas indiretas” aqueles que sofreram um dano em virtude da conduta de outras vítimas, não caberão aqui, para efeitos de casos como este, as vítimas de vítimas desses crimes³¹.

Em suma, sobre o direito à participação da vítima junto do TPI, e embora não tenha sido reconhecida como verdadeiro sujeito processual, acabou por ver a sua posição processual bastante aproximada à do assistente em sede processual penal interna (nomeadamente em sistemas jurídicos como o português ou o de Macau). De facto, tem a mesma a possibilidade de ser ouvida no decurso da audiência de julgamento, podendo fazer-se representar por advogado o qual pode, nomeadamente, interrogar o arguido ou inquirir testemunhas e peritos, podendo ainda carrear elementos de prova³².

2. DIREITO À REPARAÇÃO

Para além do direito à participação no processo, conferido às vítimas de crimes sob a jurisdição do TPI, o Estatuto de Roma também

³⁰ WILLIAM A. SHABAS, *An introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 352.

³¹ ICC-01/04-01/06 – 1813, 8/4/2009 *Redacted version of “Decision on Indirect Victims” cit.*, parágrafo 52, p. 21, disponível em https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_02492.PDF, acedido pela última vez a 10 de Março de 2020.

³² MARIA LEONOR ESTEVES, “A Vítima – da quase “invisibilidade” à obtenção de um “Estatuto” (...)” *cit.*, p. 10.

se reporta ao direito que lhes assiste à reparação dos danos sofridos. De tal modo o regime é inovador na cena internacional, que nomeadamente Conor McCarthy defende que poderia servir de modelo não só para outros textos internacionais, como internamente³³.

O artigo 75.º do Estatuto de Roma prevê um direito à reparação em favor das vítimas. No seu n.º 1 prevê-se que “o Tribunal estabelecerá princípios aplicáveis às formas de reparação, tais como a restituição, a indemnização ou a reabilitação, que hajam de ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito (...)”.

Tal como defende Conor McCarthy, também nós entendemos que a reparação não apresenta um carácter punitivo, mas sim civilístico. Para isso contribui não só a sua localização sistemática no Estatuto, precisamente antes das normas respeitantes à aplicação da pena, como o facto de não constar do leque de sanções aplicáveis ao agente nos termos do artigo 77.º. Tendo o conceito uma abrangência meramente civil, deverá ser entendido como “compensação pela perda” ou a “correção de um dano”³⁴. Nesta perspetiva, e numa ótica comparatística, o direito à reparação constante do artigo 75.º do Estatuto de Roma apresenta a mesma lógica do direito interno à indemnização, que se funda na necessidade de tornar o lesado *in demne*.

Neste contexto, o próprio TPI veio esclarecer que o dano apto a ser reparado tanto pode ser “material, físico ou psicológico”³⁵, abrangendo assim o dano patrimonial e o não patrimonial. No entanto, e na esteira de Conor McCarthy, esta referência é demasiado vaga precisando, pois, ser especificada.

Note-se ainda que, quando o Tribunal faz esse reparo a propósito das diversas formas de dano, retoma a distinção entre vítimas diretas e indiretas e refere que “o dano sofrido por uma vítima em decorrência da comissão de um crime sob a jurisdição do Tribunal pode dar origem ao

³³ CONOR MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2012, p. 329-346.

³⁴ CONOR MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court cit.*, p. 79.

³⁵ ICC-01/04-01/06, Judgement on Victim’s Participation, parágrafo 32, p. 13 e 14.

dano sofrido por outras vítimas”, dando o exemplo das crianças soldado como vítimas diretas e dos seus pais como vítimas indiretas³⁶.

Por seu turno, o dano não patrimonial abrange nomeadamente os casos de morte, ofensa à integridade física e psíquica (entre outros direitos de personalidade), sofrimento, angústia e dor em decorrência do crime³⁷. Quanto à morte, uma questão controvertida e ainda não esclarecida pela jurisprudência do Tribunal consiste em saber se o direito à indemnização que assiste aos familiares da vítima inclui tão-somente o sofrimento por estes sentido pela perda da pessoa querida ou, também, o dano sofrido pela própria vítima pelo facto de lhe ter sido retirada a sua própria vida (para além dos danos imediatamente antecedentes)³⁸.

Tal como no direito interno, também em sede internacional o direito à reparação dependerá do preenchimento de um determinado número de requisitos cumulativos. Já vimos que deve naturalmente existir um dano - patrimonial ou não.

Um segundo requisito será o nexo de causalidade. De facto, o próprio artigo 85.º, alínea a) das Regras de Procedimento e Prova define as vítimas como sendo aquelas pessoas que sofreram um dano *em consequência* de um facto criminoso sob a jurisdição do TPI. Para além de uma causalidade de facto, no sentido de ter de se demonstrar que uma determinada conduta foi a causadora do dano sofrido, é necessário acrescentar-lhe um elemento jurídico com vista a limitar essa factualidade (no fundo, no sentido de impedir uma imputação *ad infinitum*) que consiste em exigir que o dano esteja diretamente ligado ao facto, para além dos elementos proximidade e previsibilidade³⁹.

Obviamente que não poderá ser olvidada a necessidade de existência de um facto ilícito que consubstancie um crime à luz do Estatuto de Roma, para que daí derive a responsabilização a que nos reportamos.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ CONOR MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court cit.*, p. 110-123.

³⁸ CONOR MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court cit.*, p. 110-111.

³⁹ CONOR MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court cit.*, p. 148.

Resta-nos saber se a estes requisitos deve somar-se a culpa ou se é possível que haja apenas uma responsabilização civil objetiva.

Após uma análise preliminar, constatamos que alguma doutrina não elenca a culpa como um dos elementos cumulativos a ser comprovado para que a indemnização possa ser atribuída às vítimas⁴⁰.

Fazendo uma interpretação que apele aos elementos literal e sistemático do Estatuto de Roma, constatamos que o n.º 2 do artigo 75.º prevê que “o Tribunal poderá lavrar despacho contra a pessoa condenada, no qual determinará a reparação adequada a ser atribuída as vítimas ou aos titulares de tal direito (...)”.

Sendo vários os preceitos que dizem respeito à culpa em sede de responsabilização penal do arguido, o artigo 66.º do Estatuto de Roma vem prever o princípio da presunção de inocência que não deixa qualquer margem para dúvidas sobre o carácter subjetivo da responsabilização penal, como aliás não poderia deixar de ser atenta a dignidade da pessoa humana.

Por isso, após a comprovação da prática de um crime, será necessário verificar se se originaram danos às vítimas e se existe um nexo de causalidade entre o facto e o dano para que o Tribunal possa igualmente condenar o arguido à reparação desses danos. Por conseguinte, a partir do momento em que esteja fundada a responsabilização criminal, necessariamente dependente de culpa, poderá desencadear-se a responsabilização civil que assentará naquele delito culposo. É certo que entre a culpa criminal e a culpa civil existem diferenças que não poderão ser escamoteadas, sobretudo ao nível interno, mas poderemos preliminarmente e em virtude da interpretação efetuada afirmar que a responsabilização civil de que se fala não será objetiva.

⁴⁰ Encontram-se neste rol CONOR MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court cit.*, p. 134-156, GEORGHIOS M. PIKIS, *The Rome Statute for the International Criminal Court cit.*, p. 277-305, WILLIAM A. SHABAS, *An introduction to the International Criminal Court cit.*, p. 361-362, ANNE-MARIE DE BROUWER e MARC GROENHUIJSEN, “The role of victims in international proceedings”, in *International Crime Procedure: towards a coherent body of Law*, Reino Unido, Cameron May, 2009, p. 187-203 e MARC GROENHUIJSEN, “Victim’s rights and the International Criminal Court: the model of the Rome Statute and its operation”, in *Hague Joint Conference*, 2007, p. 300-315 ou, ainda, PAULA VEGA GONZÁLEZ, “O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional (...)” cit., p. 28-29.

O n.º 1 do artigo 75.º do Estatuto de Roma prevê que “(...) o Tribunal poderá, de ofício ou por requerimento, em circunstâncias excepcionais, determinar a extensão e o nível dos danos, da perda ou do prejuízo causados às vítimas ou aos titulares do direito a reparação, com a indicação dos princípios nos quais fundamentou a sua decisão”. E o n.º 2 determina que “(...) esta reparação poderá, nomeadamente, assumir a forma de restituição, indemnização ou reabilitação (...)”. Nos termos do artigo 94.º das Regras de Procedimento e Prova, as vítimas que pretendam fazer valer o seu direito à reparação devem apresentar um requerimento escrito ao Secretário do TPI.

Paula Vega González entende que o Tribunal deverá atender aos “Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de Direitos Humanos e de violações graves do Direito Internacional Humanitário”⁴¹ quando visar estabelecer os princípios aplicáveis às formas de reparação que venha a ser atribuída às vítimas, nos termos do n.º 1 do artigo 75.º do Estatuto de Roma. Também Marc Groenhuijsen faz apelo a esses princípios quando se reporta ao direito à reparação⁴², assim como o faz, de modo exaustivo, Conor McCarthy⁴³.

Segundo o artigo 18.º da Resolução 60/147 da Assembleia Geral, a reparação pelo dano sofrido pode efetivar-se de cinco modos diferentes: através da restituição, da compensação, da reabilitação, da satisfação e da outorga de garantias de não repetição, todas elas especificadas nos artigos subsequentes.

A restituição visa reposicionar a vítima na situação em que estaria não fora a prática do facto. A compensação, para efeitos da referida Resolução, abarca tanto os danos patrimoniais como os não patrimoniais. Segundo o seu artigo 20.º, incluem-se danos à integridade física ou psíquica, perda de oportunidades, danos materiais (dano emergente e lucro cessante), danos morais, despesas médicas, medicamentosas ou

⁴¹ Aprovados a 16 de Dezembro de 2005 pela Resolução 60/147 da Assembleia Geral.

⁴² MARC GROENHUIJSEN, “Victim’s rights and the International Criminal Court” *cit.*, p. 305.

⁴³ CONOR MCCARTHY, *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court cit.*, p. 158-183.

com assistência jurídica. A reabilitação implica a concessão de cuidados médicos e psicológicos às vítimas. Por sua vez, a satisfação inclui, entre outros, um pedido público de desculpas abarcando o reconhecimento do facto cometido e a aceitação da responsabilidade, a concessão de tributos às vítimas ou uma declaração oficial ou judicial com vista à restauração da dignidade, reputação ou direitos da vítima. Por último, a concessão de garantias de não repetição vem prevista no artigo 23.º do mesmo instrumento, o que inclui medidas preventivas como a garantia de forças de controlo militar, o reforço da independência dos meios judiciais ou a proteção de quem exerça funções médicas, jurídicas, no âmbito da comunicação social ou defensores dos direitos humanos, entre outros.

Por isso, e como salienta Marc Groenhuijsen, o conceito de “reparação” surge com um âmbito de abrangência mais extenso do que a tradicional indemnização/compensação pela via monetária, devendo pois ser entendido como um conceito expandido⁴⁴.

A referência à específica necessidade de reparação à qual o Estatuto de Roma procura dar a maior cobertura possível pecaria por lapso se não se referisse o Fundo a favor das vítimas, previsto no seu artigo 79.º, bem como no artigo 98.º das Regras de Procedimento e Prova. Segundo resulta da última previsão, as multas pagas pelos condenados podem reverter a favor deste Fundo que procura recolocar as vítimas, tanto como possível, na situação em que estariam caso não tivessem sofrido os crimes sobre elas cometidos – os quais, obviamente, pela sua natureza desde logo impedem que algum dia possam voltar ao ponto em que se encontravam antes de serem brutalmente violentadas. Antes de terem sido queimadas, violadas ou mutiladas, ou ainda de terem visto morrer à sua frente os seus ascendentes ou descendentes.

Perante as atrocidades que o homem (com minúscula intencional) possa cometer perante outro Homem ou Mulher, perante a impossibilidade absoluta de erradicar das mentes e corpos dos sobreviventes as mágoas que os marcam como ferros em brasa, ao menos que sejam envidados todos os esforços possíveis para minimizar essa dor.

⁴⁴ MARC GROENHUIJSEN, “Victim’s rights and the International Criminal Court” *cit.*, p. 305.

Neste contexto, e numa procura de restaurar vidas cortadas a eito, foi criado o Fundo supra referido que visará não apenas a atribuição de uma mera compensação às vítimas de tais crimes inqualificáveis pela Humanidade, pois que cometidos ao seu arrepio, mas sim de um conjunto de mecanismos que, com o auxílio direto de comunidades locais, possam auxiliar as vítimas a realizarem cirurgias, a receber próteses, a frequentar a escola ou a reinserir-se nas suas comunidades de onde tinham sido brutalmente arrancadas.

O referido Fundo foi criado por Resolução da Assembleia dos Estados Partes tendo, a 3 de Dezembro de 2005, sido criado o seu Regulamento⁴⁵, segundo o qual os recursos deste Fundo devem ser utilizados a favor das vítimas⁴⁶ de crimes sob a jurisdição do TPI, bem como das suas famílias, de modo a providenciar pela sua reabilitação física ou psíquica, bem como concedendo-lhes apoio material, devendo para tanto o Conselho de Administração notificar o TPI da sua decisão de prosseguir essas atividades (artigo 50.º deste Regulamento).

3. DIREITO À PROTEÇÃO

O Estatuto de Roma prevê igualmente um amplo direito à proteção de vítimas e testemunhas, seja na fase do inquérito ou em qualquer fase do julgamento. De facto, o seu artigo 68.º estatui que o tribunal deva assegurar a segurança, bem-estar físico e psíquico, dignidade e privacidade das vítimas e testemunhas, devendo atender a diversos fatores como a idade, sexo, estado de saúde, bem como à natureza do crime, pelo que o tipo e grau de proteção serão dependentes destas variáveis⁴⁷.

⁴⁵ Disponível em <http://www.trustfundforvictims.org/sites/default/files/imce/ICC-ASP-ASP4-Res-03-ENG.pdf>, acedido pela última vez a 9 de Março de 2020. Atente-se ainda ao disposto nos artigos 21.º e ss. a propósito do financiamento deste Fundo que irá desde contribuições governamentais voluntárias, ou de organizações internacionais, pessoas singulares ou pessoas coletivas, transferências do valor pago a título de multas ao TPI, entre outros.

⁴⁶ Incluindo pessoas singulares ou coletivas, segundo o disposto no artigo 85.º das Regras de Procedimento e Prova.

⁴⁷ MICHAEL J. KELLY, “The Status of Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court”, in *Victims of International Crimes: An*

Apesar de todos os órgãos do TPI deverem levar a segurança das vítimas em consideração, saliente-se que esta é especialmente assegurada pela Unidade de Proteção das Vítimas e Testemunhas que, de acordo com o artigo 43.º, n.º 6 do Estatuto de Roma, foi criada pela Secretaria, devendo prestar-lhes aconselhamento e auxiliá-las nomeadamente caso corram algum risco aquando da sua intervenção processual.

Devem ser ainda levadas em consideração as necessidades das vítimas em termos de apoio médico e psicológico e encetadas negociações com os Estados de origem das vítimas e testemunhas traumatizadas ou ameaçadas relativamente às medidas de proteção que devam ser tomadas (atente-se, nomeadamente, ao artigo 87 das Regras de Procedimento e Prova do Tribunal Penal Internacional). Atente-se ainda a uma relevante medida protecionista que se prende com o auxílio que poderá ser dado às vítimas que necessitem de mudar de hábitos de vida para se sentirem devidamente salvaguardadas⁴⁸.

São diversas as medidas que podem ser tomadas em prol das vítimas e testemunhas, bem como dos seus familiares, durante a fase do inquérito e das audiências perante o tribunal, desde e.g. a proteção da sua identidade, podendo inclusive usar um pseudónimo, a possibilidade de o julgamento decorrer à porta fechada ou poderem ser ouvidas através de videoconferência⁴⁹.

Refira-se ainda que, nos termos do referido artigo 68.º do Estatuto de Roma, caso a segurança de vítimas e/ou testemunhas esteja em risco, o tribunal poderá retirar provas ou informações do processo de modo

Interdisciplinary Discourse, ed. por Thorsten Bonacker e Christoph Safferling, Haia, Springer, 2013, p. 57 e ACIDH, *Protection des victimes devant la Cour Pénale Internationale*, Lubumbashi, Avril de 2011, p. 10, disponível em http://www.iccnw.org/documents/Brochure_protection_des_victimes_et_t%E9moins_devant_la_CPI.pdf, acessado pela última vez a 9 de Março de 2020.

⁴⁸ MICHAEL J. KELLY, “The Status of Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court” *cit.*, p. 56-57 e ACIDH, *Protection des victimes devant la Cour Pénale Internationale cit.*, p. 11-12.

⁴⁹ ACIDH, *Protection des victimes devant la Cour Pénale Internationale cit.*, p. 11 e 13-15, igualmente referido e.g. por MICHAEL J. KELLY, “The Status of Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court” *cit.*, p. 57 e MARC GROENHUIJSEN, “International protocols on victims’ rights (...)” *cit.*, p. 24-25 da versão disponível online.

a salvaguardá-las o que, naturalmente, deverá ser feito com a devida prudência e apenas em casos mais graves para não colocar em causa o direito do arguido a um julgamento justo onde possa conhecer e refutar as provas carreadas para o processo⁵⁰.

Em conclusão, a entrada em vigor do Estatuto de Roma acaba por se revelar como um marco na história da vitimologia, como denotam Marc Groenhuijsen e Rianne Letschert, na medida em que veio incrementar a esfera de proteção a ser concedida à vítima, bem como os seus direitos à participação e à reparação, indo pois para além não só dos estatutos dos tribunais penais internacionais *ad hoc* que lhe serviram de base, mas também do disposto em diversos sistemas nacionais - quer pertençam, e.g., à família jurídica da *common law* ou à de direito românico-germânico.

A isto se acrescenta uma relevante medida que visa o tratamento adequado das vítimas de crimes, prevenindo-se ainda a vitimização secundária, a qual consiste no especial cuidado em termos de recrutamento do pessoal para exercer funções junto do Tribunal Penal Internacional, dando-se por exemplo primazia a quem tenha especiais conhecimentos nesta matéria, nomeadamente em termos de crimes de natureza sexual⁵¹.

Concordamos, pois, com a doutrina no sentido de que o modelo encontrado no Estatuto de Roma deva servir de paradigma aos diversos legisladores nacionais no que se prende à necessidade de tutela e reconhecimento das vítimas nos respetivos enquadramentos jurídico-penais⁵².

⁵⁰ MICHAEL J. KELLY, “The Status of Victims under the Rome Statute of the International Criminal Court” *cit.*, p. 57-58.

⁵¹ MARC GROENHUIJSEN e RIANNE LETSCHERT, “Reflections on the development and legal status of victims’ rights instruments”, in *Compilation of International Victim’s Rights Instruments*, Outubro, 2006, p. 14 e 15, disponível em <https://pure.uvt.nl/portal/files/804949/REFLECTI.PDF>, acedido pela última vez a 9 de Março de 2020.

⁵² JAN VAN DIJK e JO-ANNE WEMMERS, “Services and rights for victims of domestic and international crimes”, s/d, p. 38, disponível em <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=113651>, acedido pela última vez em Julho de 2012 e, atualmente, apenas o respetivo sumário em https://www.researchgate.net/publication/239842913_Victimology_Services_and_rights_for_victims_of_domestic_and_international_crimes, acedido pela última vez a 9 de Março de 2020.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em jeito de conclusão, será de referir que a doutrina tem reforçado a existência de um conjunto de direitos das vítimas que podem ser transversalmente encontrados em diversos instrumentos de direito internacional, como por exemplo na Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e de Abuso de Poder de 1985 ou na Recomendação do Conselho da Europa sobre a posição da vítima no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, do mesmo ano, sem esquecer a Decisão-quadro da União Europeia de 2001, entretanto substituída pela Diretiva de 2012 e, ainda, a Recomendação do Conselho da Europa sobre Assistência às vítimas de crimes, de 2006.

Rianne Letschert entende que esses direitos serão, pois, “o direito ao respeito e ao reconhecimento em todas as etapas do processo penal, o direito a receber informação sobre o progresso do caso, o direito de fornecer informação aos responsáveis por tomar decisões relativamente ao agente, o direito a ter apoio jurídico, independentemente dos meios da vítima (...), o direito à proteção da privacidade da vítima e à sua integridade física, o direito à compensação por parte do agressor e do Estado, o direito a receber apoio, o direito a que os Governos tentem promover a mediação em processo penal relativamente aos crimes que considerem apropriados para este tipo de medida e o direito a que o Estado adote, desenvolva e aperfeiçoe a cooperação com Estados estrangeiros nos casos de vitimização para além das fronteiras, de modo a facilitar uma proteção mais efetiva dos interesses das vítimas nos processos penais”⁵³.

Conclui-se, assim, que os diversos instrumentos citados revelam uma efetiva preocupação – crescente – para com a vítima de crimes em termos de tutela, necessidades e direitos. Por conseguinte, e em conjunto com os direitos à reparação, à participação e à proteção constantes do Estatuto de Roma, poderão complementar os sistemas processuais penais

⁵³ RIANNE LETSCHERT, “International Initiatives and Activities Focusing Specifically on Victims of Terrorism, Including Existing International Instruments” *cit.*, p. 32.

internos sem, no entanto, ser necessário proceder a uma reforma de fundo que afete a sua estrutura e princípios fundamentais⁵⁴.

E assim se unem dois Mundos aparentemente opostos, para muitos tidos como impassíveis de compaginação, o que se revela claramente possível quando o objetivo nos encaminha para um patamar supremo: *in casu*, o da procura da tutela efetiva dos direitos daquelas que são, de facto, as principais afetadas pelo crime e que, certo dia, se viram expurgadas de um conflito que é realmente o seu⁵⁵.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACIDH. *Protection des victimes devant la Cour Pénale Internationale*, Lubumbashi, 2011. Disponível em http://www.iccnw.org/documents/Brochure_protection_des_victimes_et_t%E9moins_devant_la_CPI.pdf

BITTI, Gilbert. “As vítimas perante o Tribunal Penal Internacional. Participação no processo”. *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, “Os desafios do Séc. XXI”*, Macau, Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, 2007. p. 329-352.

BROUWER, Anne-Marie de e GROENHUIJSEN, Marc. “The role of victims in international proceedings”. *International Criminal Procedure: towards a coherent body of Law*, Londres: Cameron May, 2009. p. 187-203.

CHRISTIE, Nils. “Conflicts of Property”. *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, Janeiro de 1977. p. 1-15.

DIJK, Jan van e WEMMERS, Jo-Anne. “Services and rights for victims of domestic and international crimes”. s/d, p. 38, disponível em <https://www.researchgate.net/>

⁵⁴ Para mais desenvolvimentos sobre a temática das vítimas em sede processual penal, vide: EDUARDO BOLSONI RIBOLI, “Um “tribunal orientado para a vítima”: o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa”, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, 2009, ENRIQUE LETELIER LOYOLA, “Editorial del Dossier “Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal: Participación de la víctima en la solución del conflicto penal”, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 1, 2009 e AAVV, *O lugar da vítima nas ciências criminais*, Editado por Eduardo Saad-Diniz, São Paulo, LiberArs, 2017.

⁵⁵ NILS CHRISTIE, “Conflicts of Property”, *The British Journal of Criminology*, vol. 17, n.º 1, Janeiro de 1977, p. 1-15.

publication/239842913_Victimology_Services_and_rights_for_victims_of_domestic_and_international_crimes

ESTEVEZ, Maria Leonor. “A vítima – da quase “invisibilidade” à obtenção de um “Estatuto”. Ou do (inevitável) caminho para a humanização da ordem jurídico-penal”. Texto apresentado na Conferência organizada pela CIIDH – Escola de Direito da Universidade do Minho, sob o tema “Novos desafios em torno da proteção da vítima: uma perspetiva multidisciplinar”, 2 de Junho de 2017.

GARKAWA, Sam. “Have recent changes designed to benefit victims of international crimes added to the legitimacy of international criminal justice?”. *International Criminal Justice. Legitimacy and Coherence*, Cheltenham e Northampton, Editora Edwar Elgar, 2012. p. 269-303.

GONZÁLEZ, Paulina Vega. “O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal”. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 3, n.º 5, São Paulo, Dezembro 2006, p. 18-41.

GROENHUIJSEN, Marc. “Victim’s rights and the International Criminal Court: the model of the Rome Statute and its operation”. *Hague Joint Conference*, 2007. p. 300-315.

GROENHUIJSEN, Marc e LETSHERT, Rianne. “Reflections on the development and legal status of victim’s rights instruments”. *Compilation of International Victim’s Rights Instruments*, Outubro, 2006.

JERIN, Robert A. e MORIARTY, Laura J.. *The Victims of Crime*, New Jersey, Pearson, 2010.

KELLY, Michael J.. “The Status of Victims Under the Rome Statute of the International Criminal Court”. *Victims of International Crimes: An Interdisciplinary Discourse*, ed. por Thorsten Bonacker e Christoph Safferling, Haia, Springer, 2013.

LETELIER LOYOLA, Enrique. Editorial del Dossier “Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal”: Participación de la víctima en la solución del conflicto penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, vol. 5, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.224>

LETSCHERT, Rianne. “International Initiatives and Activities Focusing Specifically on Victims of Terrorism, Including Existing International Instruments”. In: LETSCHERT, Rianne, STAIGER, Ines e PEMBERTON, Antony (Org.). *Assisting Victims of Terrorism.*, Nova Iorque: Springer, 2010. p. 31-71.

McCARTHY, Conor. *Reparations and Victim Support in the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

MOFFETT, Luke. “Releasing Justice for victims before the International Criminal Court”. *ICD Brief* 6, September 2014.

PIKIS, Georghios M.. *The Rome Statute for the International Criminal Court – analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and supplementary instruments*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um “tribunal orientado para a vítima”: o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253-298, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.203>

ROBALO, Teresa Lancry A. S.. “Vítimas de terrorismo e justiça restaurativa – análise da questão tendo a Lei n.º 3/2006 sobre a prevenção do terrorismo (Macau) em consideração”. Em vias de publicação, 2019.

ROBALO, Teresa Lancry A. S. *Justiça Restaurativa. Um Caminho para a Humanização do Direito*. Lisboa: Juruá, 2012.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *O lugar da vítima nas ciências criminais*, São Paulo: LiberArs, 2017.

SCHABAS, William A.. *An Introduction to the International Criminal Court*, 4.^a edição. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

UNODC, E4J University modules. Disponível em <https://www.unodc.org/e4j/en/crime-prevention-criminal-justice/module-11/key-issues/8--victims-of-crime-and-international-law.html>

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 18/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/03/2020
- Avaliação 1: 02/04/2020
- Avaliação 2: 23/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 03/05/2020
- Retorno rodada de correções: 28/05/2020
- Decisão editorial final: 08/06/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 2

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ROBALO, Teresa Lancry. A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional: um modelo irrefutável para o legislador interno. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1417-1444, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.349>



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

Durata ed efficienza dei procedimenti penali italiani. Riflessioni e proposte alla luce delle risultanze numeriche.

*Length and efficiency of Italian criminal proceedings.
Remarks and proposals in the light of numerical data.*

Nicola Pascucci¹

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Urbino, Italia

nicola.pascucci@uniurb.it

 <https://orcid.org/0000-0002-3232-2042>

RIASSUNTO: La Costituzione italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sanciscono, benché con formulazioni diverse, la ragionevole durata del processo. Dopo aver esaminato tale principio nei suoi significati di garanzia oggettiva e soggettiva, nonché i suoi rapporti con le altre garanzie costituzionali del giusto processo, l'Autore, utilizzando i dati ufficiali sul numero e sulla durata dei procedimenti penali, analizza le principali difficoltà dell'attuale assetto legislativo nel realizzare una giustizia veloce e giusta. Alla luce della situazione concreta così delineata, si formulano alcune proposte *de iure condendo*.

PAROLE CHIAVE: ragionevole durata del processo; giusto processo; Costituzione; CEDU.

ABSTRACT: *Italian Constitution and European Convention on Human Rights provide for the reasonable length of proceedings, although they use different expressions. First of all the Author examines this principle as objective and subjective guarantee, as well as its relations with the other constitutional guarantees of fair trial. Then he analyses the main difficulties of the current legislation to realize a speedy and fair justice, by means of official data about*

¹ Dottore di ricerca e collaboratore di cattedra (s.s.d.: IUS/16 - Diritto processuale penale) presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo. Avvocato del Foro di Urbino.

number and duration of criminal proceedings. In light of the practical situation, the Author formulates some reform proposals.

KEYWORDS: *reasonable length of proceedings; fair trial; Constitution; ECHR.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. La ragionevole durata del processo nella Costituzione e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo; 2. Il carico di lavoro della giustizia penale italiana; 3. Segue: gli uffici g.i.p.-g.u.p., i tribunali monocratici e collegiali; 4. Segue: le corti d'assise; 5. Segue: i giudici di pace; 6. Segue: le corti d'appello; 7. Segue: la Corte di cassazione; 8. Cosa fare? Considerazioni finali e prospettive di riforma.

1. INTRODUZIONE. LA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO NELLA COSTITUZIONE E NELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO.

Col d.p.r. 22 settembre 1988, n. 447, entrato in vigore il 24 ottobre 1989, il legislatore italiano adottava un nuovo codice di procedura penale ispirato al sistema accusatorio, abbandonando il modello misto tendenzialmente inquisitorio del previgente codice Rocco.

A distanza di oltre trent'anni, si coglie tuttavia una notevole disillusione. Detta percezione, talvolta amplificata dai *mass media* e assecondata dalla maggioranza politica di turno, ha condotto ad innumerevoli modifiche legislative, spesso in chiave repressiva e prive di visione sistematica, che hanno profondamente modificato l'iniziale fisionomia del procedimento. Le modifiche hanno praticamente inciso su ogni settore del codice, senza però, a quanto pare, ottenere risultati soddisfacenti, a dimostrazione del fatto che eventuali responsabilità di una crisi del sistema non possono ricondursi unicamente a singoli istituti².

² Per tale senso d'insoddisfazione e per l'impossibilità di imputare i problemi della nostra giustizia penale a particolari istituti, v. GARUTI, Giulio, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen. - Riv. web*, 2017, n. 3, p. 1.

Sono di solito percepite come problemi diffusi della giustizia penale italiana l'inefficienza processuale e la lentezza dei procedimenti³, benché la ragionevole durata del processo sia formalmente sancita dall'art. 111 comma 2 Cost. e dall'art. 6 par. 1 CEDU.

Il principio in esame è strutturato in modo differente nell'ordinamento costituzionale e in quello europeo: l'art. 111 comma 2 Cost. dispone, al secondo periodo, che «la legge (...) assicura la ragionevole durata» del processo⁴, mentre l'art. 6 par. 1 CEDU afferma che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata (...) entro un termine ragionevole da un tribunale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi (...) sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti»⁵. Il primo pone una «“garanzia oggettiva” della giurisdizione», che si rivolge al legislatore e che gli demanda il compito di fornire gli strumenti per realizzarla; il secondo – così come l'art. 47 comma 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 14 comma 3 lett. c Patto internazionale sui diritti civili e politici – sancisce un diritto soggettivo direttamente azionabile dall'accusato nel singolo processo⁶.

³ Secondo NACAR, Barbara, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 74, la ragionevole durata riguarda i singoli procedimenti mentre l'efficienza concerne l'insieme delle regole astratte, processuali e organizzative, che rendono possibile una conclusione del procedimento in tempi brevi, rispettando anche gli altri corollari del giusto processo. Per una diversa accezione, TONINI, Paolo, *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 332, il quale, distinguendo tra efficacia ed efficienza, afferma che la prima rappresenta il livello di «raggiungimento di un obiettivo prefissato», che per il procedimento penale è l'accertamento dell'eventuale colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, mentre la seconda è un rapporto proporzionato tra “mezzi” e “fine”, che implica la riduzione di ogni spreco.

⁴ Nonostante la sua formulazione letterale, il termine va inteso in senso ampio, comprensivo anche delle indagini preliminari: FERRUA, Paolo, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in www.questionegiustizia.it.

⁵ Per la persona in stato di arresto o di detenzione, la previsione è corroborata dall'art. 5 par. 3 CEDU, secondo cui la stessa deve essere tradotta prima possibile davanti al giudice e «ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere messa in libertà durante la procedura», eventualmente previa prestazione di garanzie «che assicurino la comparizione dell'interessato all'udienza».

⁶ GREVI, Vittorio, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3204 ss., spec. p. 3207.

In dottrina si è altresì prospettata una lettura alternativa dell'art. 111 comma 2 Cost., finalizzata a leggere la ragionevole durata unicamente in chiave soggettivistica, al pari di quanto prescritto dall'art. 6 par. 1 CEDU e dalle altre Carte sopranazionali. Tale interpretazione reputa viziato il concetto stesso di "garanzia oggettiva", ritenendolo radicalmente incompatibile con la tradizione liberale occidentale e frutto di una cultura inquisitoria, volta a collocare su un piano di primazia l'interesse statale alla celere repressione dei reati rispetto alla tutela del singolo dagli abusi della pubblica autorità⁷. Detta impostazione, stante il riferimento della locuzione «ne assicura» ex art. 111 comma 2 Cost. al «processo» e al «contraddittorio tra le parti», attribuisce la titolarità della garanzia a coloro che assumono appunto la qualità di parte e *in primis* all'imputato, essendo quest'ultimo bisognoso di una più intensa tutela poiché in posizione di maggior debolezza rispetto al pubblico ministero (parte pubblica e «*dominus* dei tempi delle indagini»). Ad ulteriore dimostrazione di questa lettura starebbe l'art. 111 comma 3 Cost., che riconosce al solo imputato il diritto di disporre «del tempo e delle condizioni necessari per

Nello stesso senso, FERRUA, Paolo, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit.; GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 77 s.; KOSTORIS, Roberto E., *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 3 ss. V. altresì FLICK, Giovanni Maria, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 901; NAPPI, Aniello, *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, in *Giustizia insieme*, 23 marzo 2020; SIRACUSANO, Fabrizio, *La durata ragionevole del processo quale "metodo" della giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 758 ss. Annovera la ragionevole durata tra i «riferimenti ordinali» che devono costituire «la premessa delle scelte legislative» SPANGHER, Giorgio, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 96.

⁷ AMODIO, Ennio, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1422; AMODIO, Ennio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 93 ss., spec. 97 ss.; AMODIO, Ennio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 797 ss., che, a sostegno della sua tesi, approfondisce altresì (p. 799 s.) il rapporto nei Paesi di *common law* tra durata irragionevole del processo e *abuse of process*, concetto riferito ai soli comportamenti dilatori della pubblica accusa e non dell'imputato.

preparare la sua difesa», nonché il fatto che le altre norme processuali della Carta fondamentale – artt. 13, 24 comma 2, 25 comma 1, 27 comma 2 Cost. – sarebbero intese come garanzie soggettive⁸, comprese quelle che formalmente non indicano l'imputato come destinatario (art. 13 comma 4 Cost. sui «termini massimi della carcerazione preventiva», la cui fissazione è demandata alla legge)⁹. Il dichiarato (e condivisibile) intento di questa impostazione consiste nel preservare il diritto di difesa contro gli abusi dell'autorità statale, che, col pretesto di contrarre i tempi procedurali, potrebbe ledere arbitrariamente le garanzie dell'indagato e dell'imputato¹⁰.

La tesi si espone però ad alcune significative obiezioni, e, in ultima analisi, non pare necessaria per tutelare adeguatamente le facoltà difensive, presentando al contempo possibili effetti indesiderati di rilievo.

Innanzitutto, il tenore testuale della disposizione è difficilmente controvertibile: a differenza dell'art. 6 par. 1 CEDU, è la stessa formulazione dell'art. 111 comma 2 Cost. a delineare la garanzia in termini oggettivi¹¹. Inoltre, la dimensione della ragionevole durata come «esigenza di buona amministrazione della giustizia» è connaturata allo stesso procedimento penale e può essere considerata un corollario dell'art. 3 Cost.¹². Pure le altre garanzie processuali sancite dalla Costituzione presentano, accanto alla connotazione soggettiva, anche una correlativa natura di «garanzie oggettive di giustizia», ivi compreso il diritto di difesa, come

⁸ AMODIO, Ennio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, cit., p. 797 s., il quale precisa che pure il pubblico ministero è titolare di un «diritto alla celerità processuale», benché di rango inferiore a quello dell'imputato.

⁹ AMODIO, Ennio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, cit., p. 797 nota 4.

¹⁰ AMODIO, Ennio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, cit., p. 93 ss.; AMODIO, Ennio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, cit., p. 797 ss.

¹¹ FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, 3^a ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 109 s. Ritiene che la lettura dell'art. 111 comma 2, secondo periodo, Cost. come garanzia esclusivamente soggettiva sia una soluzione «esegeticamente impraticabile» GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 77.

¹² Così FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 110 s.

affermato anche dalla Consulta in relazione all'assistenza tecnica, che appunto è irrinunciabile¹³. I sostenitori dell'esclusiva natura soggettiva della ragionevole durata affermano che la fondamentale differenza tra la difesa come "garanzia oggettiva" – necessaria all'accertamento processuale e quindi obbligatoria – e la ragionevole durata nel suo significato oggettivo consisterebbe in una profonda divergenza di finalità: un potenziamento della protezione dell'imputato nel primo caso, un'inaccettabile erosione di quest'ultima nel secondo, in nome di esigenze collettive di difesa sociale e di celere definizione dei procedimenti¹⁴. Tale argomentazione, tuttavia, non convince: la dimensione oggettiva della ragionevole durata, strettamente connessa al concetto di efficienza processuale¹⁵, non esclude ma anzi ricomprende quella soggettiva, implicando l'attribuzione all'imputato del diritto a farsi giudicare in un tempo ragionevole; al contrario, il correlativo diritto non presuppone necessariamente che il principio assuma la portata di «garanzia oggettiva di buon funzionamento della giustizia»¹⁶. Non pare dunque corretto ritenere che la tesi oggettiva neghi la concezione della ragionevole durata come diritto dell'imputato: non si esclude la sua natura di diritto, ma lo si inserisce in una prospettiva più ampia, al fine di scongiurare situazioni paradossali. Infatti, a differenza dell'impostazione oggettiva, la tesi della ragionevole durata intesa soltanto come diritto dell'imputato, portata alle sue estreme conseguenze, non è ad esempio idonea a limitare il rischio di un'abusiva e incontrollata proliferazione delle garanzie difensive, potenzialmente capace di paralizzare di fatto il corso dei processi, poiché l'esigenza di un procedimento dalla durata ragionevole non troverebbe

¹³ FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 110, nota 61. Ci si riferisce a Corte cost., sent. 10 ottobre 1979, n. 125, in *Cass. pen.*, 1980, p. 629 ss. e a Corte cost., sent. 22 dicembre 1980, n. 188, in *Cass. pen.*, 1981, p. 961 ss.

¹⁴ AMODIO, Ennio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, cit., p. 98.

¹⁵ Valore, quest'ultimo, ritenuto di rango costituzionale già da prima della riforma dell'art. 111 Cost.: Corte cost., sent. 22 ottobre 1996, n. 353, in *Cass. pen.*, 1997, p. 647 ss., 1276. Sul punto, GREVI, Vittorio, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, cit., p. 3208.

¹⁶ Cfr. FERRUA, Paolo, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit. V. altresì GREVI, Vittorio, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, cit., p. 3212.

alcuna tutela qualora fosse in contrasto con l'interesse dell'imputato¹⁷. La ragionevole durata come garanzia oggettiva dell'esercizio della giurisdizione conferisce invece al legislatore la possibilità di predisporre strumenti a tutela dei tempi della giustizia per evitare simili situazioni¹⁸, a prescindere dal contegno processuale dell'imputato¹⁹.

¹⁷ GREVI, Vittorio, *Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale*, cit., p. 3211; FERRUA, Paolo, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit.; GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 78; KOSTORIS, Roberto E., *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, cit., p. 9 s. Del resto, gli stessi sostenitori della ragionevole durata come garanzia esclusivamente soggettiva cercano di introdurre correttivi per evitare epiloghi paradossali, affermando che «i ritardi e gli intralci causati dallo stesso imputato fanno prevalere, in via di eccezione, l'interesse pubblico e giustificano la repressione degli abusi» (benché la medesima dottrina, poco dopo, osservi come la categoria di *common law* dell'*abuse of process* sia riferibile ai soli comportamenti della pubblica accusa): così AMODIO, Ennio, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, cit., p. 798 ss., spec. p. 798.

¹⁸ Come emerge dalla lettera dell'art. 111 comma 2, secondo periodo, Cost., si tratta di una prerogativa legislativa e non certo giurisprudenziale. Sul punto, FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 116 s. Si registra tuttavia un'inaccettabile tendenza giudiziale a sostituirsi al legislatore, mediante interpretazioni *praeter legem* (quando non addirittura *contra legem*) e discutibili prospettazioni *de iure condendo*: v. ad esempio, in tema di abuso del processo, Cass., sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2410 ss., con nota di CAPRIOLI, Francesco, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*; in tema di immutabilità del giudice *ex art. 525* comma 2 Cost., Corte cost., sent. 29 maggio 2019, n. 132, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2019, e Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, Bajrami Klevis, in *Guida dir.*, 2019, n. 44, p. 93 e 95, e *ivi*, n. 46, p. 64 ss. Per un condivisibile commento critico, FERRUA, Paolo, *Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2019, n. 2.

¹⁹ La Corte europea dei diritti dell'uomo considera comunque titolare del diritto ad ottenere una decisione entro tempi ragionevoli anche la persona che fa valere contestazioni di natura civile nel processo penale, poiché l'art. 6 par. 1 CEDU attribuisce tale diritto pure al soggetto che aziona diritti di carattere civile: Corte eur. dir. uomo, 29 ottobre 1991, Court (Plenary), Helmers c. Svezia, in *hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57701*; Corte eur. dir. uomo, sez. III, 26 ottobre 1999, Maini c. Francia, par. 35, in *hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62952*. Per alcune pronunce, è altresì legittimata la persona offesa prima della

Dalla nozione di ragionevole durata come diritto soggettivo discende altresì la risarcibilità del danno da procedimento irragionevolmente lungo. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha nel tempo formulato dei parametri per valutare l'irragionevolezza dei tempi procedurali nel caso concreto, mediante un giudizio da effettuare *ex post* e purché – come prescrive l'art. 35 par. 3 CEDU – il pregiudizio subito dal ricorrente sia importante²⁰: la complessità del procedimento (ad esempio per il numero delle parti, per la quantità delle prove orali da acquisire o dei documenti da assumere, per la necessità di ricorrere a traduttori e interpreti, per la transnazionalità del reato), il comportamento delle autorità statali (maggiore o minore solerzia nell'espletare le attività del procedimento) e il contegno del ricorrente (eventuali condotte dilatorie)²¹.

costituzione di parte civile, qualora compia atti che dimostrino l'interesse ad ottenere la riparazione del danno subito in conseguenza della lesione di un diritto di natura civilistica: Corte eur. dir. uomo, sez. I, 7 dicembre 2017, Arnoldi c. Italia, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1357 ss.; Corte eur. dir. uomo, sez. III, 24 febbraio 2005, Sottani c. Italia, in *hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-70625*. In dottrina, GUALTIERI, Piero, *Durata ragionevole del processo e persona offesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1013 ss.; LAVARINI, Barbara, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in *Leg. pen.*, 31 dicembre 2019, p. 3.

Da altro punto di vista, è però difficile pervenire ad una pronuncia di incostituzionalità unicamente sulla base dell'art. 111 comma 2 Cost., considerate al contempo l'ampiezza dell'aggettivo "ragionevole" e la possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale solo in caso di manifesta irragionevolezza: sul punto, MARZADURI, Enrico, in CANZIO, Giovanni - MARZADURI, Enrico - SILVESTRI, Giovanni, *Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, p. 252.

²⁰ A pena di irricevibilità del ricorso. L'importanza del pregiudizio si desume dalla natura del diritto, dalla rilevanza della violazione sull'esercizio del diritto, dalle conseguenze sulla posizione del ricorrente: FERRUA, Paolo, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit.

²¹ Per approfondimenti, NACAR, Barbara, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, cit., p. 82 ss.; BUZZELLI, Silvia, § 10-14, in BUZZELLI, Silvia - CASIRAGHI, Roberta - CASSIBBA, Fabio - CONCOLINO, Paola - PRESSACCO, Luca, *Art. 6. Diritto a un equo processo*, in UBERTIS, Giulio - VIGANÒ, Francesco (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 143 ss.; FERRUA, Paolo, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit.; UBERTIS, Giulio, *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 132 s.

La disciplina nazionale per l'«equa riparazione» da eccessiva durata dei procedimenti è stata delineata dalla legge n. 89 del 2001²², anche nota come “legge Pinto”, modificata a più riprese dal legislatore e dalla Consulta²³. Essa, pur prevedendo all'art. 2 comma 1 limiti temporali entro cui la durata si considera comunque ragionevole (tre anni per i procedimenti di primo grado, due per quelli in appello e uno per quelli in cassazione²⁴), contempla²⁵ una valutazione concreta dei tempi processuali, fondata sui parametri dell'art. 2 comma 2 per stabilire l'*an* dell'«equa riparazione»²⁶, e su quelli dell'art. 2-bis comma 2 per determinarne il *quantum*²⁷.

²² Legge 24 marzo 2001, n. 89, intitolata «Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile».

²³ Corte cost., sent. 10 luglio 2019, n. 169, in *Gazz. uff.*, 17 luglio 2019, n. 17; Corte cost., sent. 26 aprile 2018, n. 88, in *Gazz. uff.*, 2 maggio 2018, n. 18; Corte cost., sent. 19 febbraio 2016, n. 36, in *Gazz. uff.*, 24 febbraio 2016, n. 8; Corte Cost., sent. 23 luglio 2015, n. 184, in *Gazz. uff.*, 29 luglio 2015, n. 30. Per alcuni ragguagli, v. BUZZELLI, Silvia, § 15, in BUZZELLI, Silvia - CASIRAGHI, Roberta - CASSIBBA, Fabio - CONCOLINO, Paola - PRESSACCO, Luca, *Art. 6. Diritto a un equo processo*, in UBERTIS, Giulio - VIGANÒ, Francesco (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 148 s.

²⁴ Il termine ragionevole si reputa ugualmente rispettato ove la durata complessiva non superi sei anni. Ai fini della legge Pinto, il *dies a quo* del processo penale coincide con l'assunzione delle qualità di imputato, parte civile o responsabile civile, oppure con la conoscenza legale della conclusione delle indagini da parte dell'indagato (art. 2 comma 2-bis, quarto periodo), ovvero, a seguito di Corte cost. n. 184/2015, cit., incomincia «quando l'indagato, in seguito a un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico».

²⁵ Oltre a «rimedi preventivi» come l'istanza acceleratoria ex art. 1-ter, cui è subordinata l'ammissibilità della successiva domanda di risarcimento.

²⁶ L'art. 2 comma 2 legge n. 89/2001 dispone che «nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione».

²⁷ Ai sensi dell'art. 2-bis comma 2 legge n. 89/2001, «l'indennizzo è determinato a norma dell'articolo 2056 del codice civile, tenendo conto:

- a) dell'esito del processo nel quale si è verificata la violazione di cui al comma 1 dell'articolo 2;
- b) del comportamento del giudice e delle parti;
- c) della natura degli interessi coinvolti;
- d) del valore e della rilevanza della causa, valutati anche in relazione alle condizioni personali della parte».

Il principio costituzionale della ragionevole durata va comunque considerato sussidiario rispetto agli altri principi del giusto processo²⁸: i «primari valori di giustizia» – funzione cognitiva del processo, imparzialità del giudice, diritto di difesa – sono cioè logicamente prioritari rispetto alla ragionevole durata e, nel loro contenuto essenziale, non possono cedere di fronte a tentazioni efficientiste²⁹. La ragionevole durata va

²⁸ FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 113 ss., per il quale svolge un «ruolo sussidiario, come condizione di efficienza».

²⁹ FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 113 ss. Secondo l'A., la ragionevole durata è logicamente susseguente rispetto a tali valori, venendo in questione solo una volta effettuata la scelta di un determinato «modello processuale, caratterizzato da certe garanzie», come «il contraddittorio davanti a un giudice imparziale». Solo gli ampliamenti del predetto «nucleo essenziale» possono essere bilanciati con la ragionevole durata. Un rafforzamento del diritto di difesa è ad esempio legittimo, ma non potrebbe giungere a paralizzare il processo. Nel medesimo senso, FERRUA, Paolo, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit.; FLICK, Giovanni Maria, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, cit., p. 901 s.; GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 79, il quale osserva che la particella pronominale «ne», inserita nel secondo periodo dell'art. 111 comma 2 Cost., riferisce la ragionevole durata al processo «giusto», cioè a quello che rispetta le garanzie fondamentali enunciate nel primo periodo dello stesso comma; KOSTORIS, Roberto E., *La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.*, in KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, cit., p. 11; MARANDOLA, Antonella, *Prescrizione e processo: l'asistematicità dell'attuale disciplina*, in *Giur. it.*, 2020, p. 992; MAZZA, Oliviero, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *Sist. pen.*, 21 gennaio 2020, che parla di «garanzia di secondo grado, volta a soddisfare le primarie esigenze tanto di effettività dei diritti di difesa in senso lato quanto di finalismo rieducativo della pena»; SIRACUSANO, Fabrizio, *La durata ragionevole del processo quale "metodo" della giurisdizione*, cit., p. 762 ss.; SCALFATI, Adolfo, *Processo penale, "ragionevole durata" e recenti proposte*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1309 s. Per un diverso punto di vista, GREVI, Vittorio, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 327, secondo cui la ragionevole durata ha un «rango logicamente prioritario» rispetto alle altre garanzie. Ritieni che la ragionevole durata abbia «natura metagiuridica» RICCIO, Giuseppe, *Note sulla ragionevole durata nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4529 ss., spec. 4530 s., precisando però che detta connotazione non ne presuppone la prevalenza rispetto agli altri valori costituzionali, ma implica soltanto l'obbligo per il legislatore di organizzare la macchina giudiziaria in maniera da giungere a una conclusione in un tempo ragionevole.

dunque plasmata in ragione di tali valori primari³⁰. L'opposta idea di processo, che antepone logicamente la ragionevole durata, svuota la medesima di significato, rischiando di condurre verso orizzonti di giustizia sommaria³¹. Non bisogna cedere alla tentazione di velocizzare il procedimento a scapito delle altre garanzie, bilanciabili con le esigenze di speditezza solo ove non costituiscano parte integrante del predetto contenuto essenziale. In particolare, nell'introdurre limiti in nome della speditezza processuale a una specifica garanzia in cui si esplica il diritto di difesa, il legislatore deve previamente verificare se quest'ultima possa definirsi significativa, cioè non superflua per realizzare la difesa stessa, come si desume dall'art. 111 comma 3 Cost. («la legge assicura che la persona accusata di un reato (...) disponga del tempo e delle condizioni *necessari* per preparare la sua difesa») e dall'art. 6 par. 3, lett. c, CEDU³². Nel caso in cui essa sia da considerare significativa, il legislatore deve verificare l'idoneità dell'intervento normativo a preservarne l'effettivo esercizio. Sarebbe ad esempio legittima – benché discutibile sotto il profilo dell'opportunità – una riforma dell'art. 108 c.p.p. che, in caso di revoca del precedente avvocato, conceda al difensore subentrante il diritto ad ottenere il termine a difesa una sola volta per ogni fase procedimentale, a meno di specifiche esigenze difensive, tali da giustificare la reiterazione della richiesta. Il termine *ex art. 108 c.p.p.* è infatti un presidio significativo per l'esercizio del diritto di difesa, ma il suddetto intervento, finalizzato ad evitare dilazioni abusive, non lo limiterebbe al punto da renderlo inoperante o difficilmente operante. Sarebbe al contrario illegittima una riforma che, nell'ipotesi di revoca del difensore, conceda il termine *ex art. 108 c.p.p.* al nuovo avvocato una sola volta in tutto il procedimento, senza eccezioni: l'effettività della

³⁰ Afferma efficacemente che «la durata del processo è *ragionevole* quando si estende per il tempo necessario alla *ragionevole* realizzazione di tutte le garanzie del giusto processo» GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 80.

³¹ FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 114.

³² Sulla distinzione tra necessità e superfluità dei tempi e degli strumenti difensivi, v. LAVARINI, Barbara, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, cit., p. 5 ss.

disposizione, significativa espressione del diritto di difesa, verrebbe compromessa in nome della speditezza³³.

Il presente contributo, partendo dai dati ufficiali sulla durata e sul carico di lavoro dei procedimenti penali italiani forniti dal Ministero della Giustizia, tenta di individuare i punti deboli del nostro sistema processuale sotto il profilo dell'efficienza, cercando, senza pretesa di esaustività, di proporre soluzioni normative *de iure condendo* che mettano gli operatori in condizione di concludere i procedimenti in tempi equi, ferme restando le altre garanzie del giusto processo. Non si propongono riforme ampie e velleitarie, ma azioni mirate su istituti esistenti, idonee ad una più celere approvazione legislativa.

Quanto appena osservato rende comunque opportuno un chiarimento: il “processo giusto” non è necessariamente il “processo breve”: un processo è giusto se consente di giungere al suo epilogo nel tempo strettamente necessario per garantire il pieno rispetto del diritto di difesa e degli altri valori costituzionali del giusto processo penale³⁴, nei modi e coi margini di bilanciamento suddetti. I dati statistici sulla durata dei procedimenti e sulla capacità del sistema giudiziario di smaltire il carico di lavoro, benché essenziali per comprendere e risolvere alcune criticità della giustizia, non sono dunque l'unico indicatore del “livello di attuazione” del giusto processo penale.

2. IL CARICO DI LAVORO DELLA GIUSTIZIA PENALE ITALIANA.

Il Ministero della Giustizia fornisce dati analitici sulla ripartizione e sulla definizione del carico giudiziario italiano, da cui si può desumere, in

³³ Il legislatore deve compiere tale valutazione anche in relazione agli altri «primari valori di giustizia». Per un efficace esempio in tema di imparzialità giudiziale, v. GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 79, che ragiona sulla compatibilità costituzionale di diverse formulazioni della rimessione del processo. Per alcuni cenni sui rapporti tra riti premiali e funzione cognitiva del processo, v. *infra*, par. 3.

³⁴ Come afferma altresì il giudice delle leggi: Corte cost., sent. 9 luglio 2004, n. 219, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3608 ss.; Corte cost., sent. 12 aprile 2005, n. 148, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2213 ss. Sul punto, MONGILLO, Vincenzo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1005.

una certa misura, la capacità degli uffici di far fronte in tempi ragionevoli ai procedimenti pendenti. In relazione alla giustizia penale, le statistiche più aggiornate riguardano il 2019³⁵. Si tralasciano, anche ove disponibili, i dati sui primi mesi del 2020, in quanto provvisori e comunque già condizionati dalla situazione eccezionale determinata dalla pandemia di Covid-19. Per motivi di brevità non si considerano la giustizia minorile e la fase di esecuzione. Ci si concentra in particolare sulla magistratura giudicante, pur senza trascurare le procure della Repubblica.

Nel 2019, nelle procure presso i tribunali ordinari sono stati iscritti 1.198.793 procedimenti penali con “autore noto” (*rectius* con iscrizione di un indagato nel registro delle notizie di reato), ne sono stati definiti 1.239.055³⁶ e ne restano pendenti 1.040.689; nelle procure generali presso le corti d’appello i valori sono rispettivamente 105 iscritti, 97 definiti e 66 pendenti; davanti ai giudici di pace 146.933, 153.611 e 101.175³⁷; dinanzi ai tribunali e relative sezioni 1.113.926, 1.074.164 e 1.152.240 (di cui rispettivamente 756.730, 731.163 e 517.053 nella sezione g.i.p.-g.u.p.; 337.557, 323.968 e 600.702 presso il tribunale monocratico di funzione di giudice di primo grado; 4.286, 4.641 e 4.697 di fronte al tribunale monocratico in sede di appello contro sentenze del giudice di pace; 15.091, 14.119 e 29.373 davanti al tribunale collegiale; 262, 273 e 415 dinanzi alla corte d’assise); 112.686, 115.130 e 263.319

³⁵ I dati seguenti sono tratti da MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL’ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (DG-STAT), *Statistiche giudiziarie. Area penale*, in *webstat.giustizia.it* (consultato l’8 luglio 2020). Le statistiche qui citate si riferiscono ai soli procedimenti con “autore noto” (*rectius*, con l’iscrizione del nominativo dell’indagato nel registro delle notizie di reato o, per gli uffici di primo e secondo grado e per la cassazione, con l’attribuzione del reato a un determinato imputato, a prescindere da un eventuale successivo accertamento definitivo di responsabilità).

³⁶ Di cui 1.053.264 iscritti, 1.082.869 definiti e 889.096 pendenti per reati ordinari, 140.574 iscritti, 150.888 definiti e 145.164 pendenti per fattispecie di competenza del giudice di pace e 4.955 iscritti a fronte di 5.298 definiti e 6.429 pendenti per reati di competenza della direzione distrettuale antimafia e antiterrorismo.

³⁷ Di cui 62.154 iscritti a fronte di 67.999 definiti e 89.432 pendenti in dibattimento e 84.779 iscritti, 85.612 definiti e 11.743 pendenti presso il giudice di pace in funzione di giudice per le indagini preliminari.

in corte d'appello (di cui rispettivamente 110.489, 112.974 e 260.946 nella sezione penale; 599, 579 e 659 in corte d'assise d'appello); 50.801, 51.831 e 23.579 in cassazione.

Un indicatore della durata dei procedimenti è il c.d. *disposition time*, utilizzato soprattutto nei rapporti periodici della CEPEJ³⁸: è il rapporto tra i procedimenti pendenti alla fine dell'anno di riferimento e quelli definiti nel medesimo anno, moltiplicato per 365. Esso non coincide necessariamente coi tempi reali, ma è una stima che calcola i tempi prevedibili per definire i procedimenti in corso, presupponendo di mantenere lo stesso ritmo di smaltimento; tale valore è meno sensibile alla composizione degli affari pendenti e ad eventuali criteri di priorità adottati, di fatto o mediante circolari, dagli uffici³⁹.

Ad esempio, il *disposition time* nel 2019 è di 307 giorni nella procura presso il tribunale ordinario, 392 giorni in tribunale (in particolare, 258 nella sezione g.i.p.-g.u.p., 677 davanti al tribunale monocratico e 759 dinanzi al tribunale collegiale⁴⁰), 240 giorni davanti al giudice di pace (480 in dibattimento e 50 come giudice per le indagini preliminari), 835 giorni in corte d'appello, e 166 giorni in cassazione⁴¹.

Alcune statistiche riferite all'anno giudiziario 2018/2019 mostrano un calo delle pendenze presso le procure della Repubblica del 9% rispetto all'anno prima, dovuto anche ad una correlativa flessione del 2,3% dei procedimenti iscritti⁴².

³⁸ Commissione per l'Efficienza della Giustizia, organismo del Consiglio d'Europa che monitora l'efficienza dei procedimenti giudiziari degli Stati membri.

³⁹ Al riguardo, MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA, *La durata dei procedimenti civili. I principali indicatori a confronto. Anni 2012-2019*, in *webstat.giustizia.it* (consultato l'8 luglio 2020).

⁴⁰ Il *disposition time* per le corti d'assise è invece di 555 giorni.

⁴¹ Questi valori attualmente non presenti sul sito *webstat.giustizia.it* (consultato l'8 luglio 2020), sono stati calcolati autonomamente a partire dai dati sui procedimenti pendenti e definiti ivi riportati, con approssimazione all'unità.

⁴² CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, in *www.cortedicassazione.it*, 31 gennaio 2020, p. 25 s.

3. SEGUE: GLI UFFICI G.I.P.-G.U.P., I TRIBUNALI MONOCRATICI E COLLEGIALI.

Ulteriori dati ministeriali riferiti ai soli uffici giudicanti⁴³ indicano, da un punto di vista diacronico, un incremento percentuale delle pendenze sostanzialmente costante dal 2004 al 2013, con una decrescita graduale dall'anno successivo fino al 2019⁴⁴ e con picchi del +5,1% rispetto all'anno precedente nel 2006 e del -8,0% nel 2016.

Attenzione particolare merita il tribunale ordinario.

Benché, dopo anni di aumenti, le pendenze complessive diminuiscano ininterrottamente dal 2016 giungendo nel 2019 a 1.152.240 procedimenti in corso⁴⁵, la situazione preoccupa sotto alcuni profili.

Innanzitutto, il dato sulla diminuzione delle pendenze pare contraddittorio rispetto a quello sul numero di procedimenti iscritti e definiti: come osservato, nonostante vengano conclusi meno procedimenti di quelli iscritti⁴⁶, le pendenze si riducono ugualmente. Ciò potrebbe dipendere da particolari criteri di computo, oppure da incompletezze nelle procedure di rilevazione o nella comunicazione dei dati da parte di alcuni uffici giudiziari.

Nondimeno, anche tenendo in considerazione le statistiche attestanti il decremento degli affari in corso, il continuo calo rilevato nei procedimenti pendenti all'ufficio g.i.p.-g.u.p., giunti a 517.053 nel 2019⁴⁷,

⁴³ Fonte: MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA, *Monitoraggio della giustizia penale - anni 2003 - I trimestre 2020*, in www.giustizia.it, 7 luglio 2020 (consultato il 22 luglio 2020). In mancanza di ulteriori specificazioni, le statistiche del presente paragrafo riportate di seguito sono tratte da questa fonte.

⁴⁴ Di seguito si riportano le variazioni totali dei procedimenti pendenti rispetto all'anno precedente dal 2004 al 2019, comprensive del giudice di pace: 5,0%, -0,5%, 5,1%, 0,6%, 0,4%, 2,3%, 4,6%, 2,8%, 4,4%, 2,4%, -1,0%, 0,1%, -8,0%, -1,8%, -1,7%, -1,2%.

⁴⁵ Nel 2015 le pendenze avevano raggiunto il massimo storico della rilevazione in esame, pari a 1.313.577 procedimenti.

⁴⁶ È dal 2017 che, alla voce "tribunale e relative sezioni", gli affari iscritti superano i definiti.

⁴⁷ Si registra una diminuzione continua dal 2013 (anno in cui il numero era pari a 767.586). Nel 2017 le pendenze erano 558.776, nel 2018 531.228. Nel 2004

non rincuora ove letto assieme alle risultanze del tribunale monocratico e di quello collegiale: i processi da definire presso il primo ammontano nel 2019 a 605.399 e sono in aumento da alcuni anni⁴⁸, così come quelli dinanzi al secondo, pari nel 2019 a 29.373⁴⁹, nonostante il calo delle sopravvenienze presso i tribunali pari all'1,7% nell'anno giudiziario 2018/2019⁵⁰. Dal 2017/2018 al 2018/2019, la durata media dei procedimenti di primo grado è passata da 378 a 392 giorni⁵¹.

La costante diminuzione degli affari dinanzi alla sezione g.i.p.-g.u.p. e il contemporaneo aumento di quelli davanti al giudice monocratico o collegiale potrebbe spiegarsi, almeno in parte, con la scarsa attrattività dei riti premiali. Si stima infatti che le sezioni g.i.p.-g.u.p. abbiano definito con riti alternativi solo il 6% del contenzioso nell'anno giudiziario 2017/2018 e il 7% in quello successivo, nonché il 4% con decreto penale esecutivo (i decreti penali sono considerati autonomamente rispetto agli altri procedimenti speciali)⁵². È pur vero che, al netto dei provvedimenti di archiviazione, la percentuale in tali sezioni sale al 15,51% per i decreti penali esecutivi e al 30,71% per le definizioni a seguito di altro rito alternativo⁵³. D'altro canto, pure davanti al tribunale monocratico, nel

le pendenze dinanzi a tale sezione erano addirittura 810.156.

⁴⁸ Dopo il sensibile calo da 565.596 nel 2015 a 534.037 nel 2016, si è verificato un incremento continuo delle trattazioni in corso davanti al tribunale monocratico, con 578.760 pendenze nel 2017 e 597.657 nel 2018.

⁴⁹ L'aumento è ininterrotto dal 2012 ed è pari a circa un migliaio di procedimenti in più all'anno. Nel 2017 le pendenze erano 27.459, nel 2018 sono lievitare sino a 28.192.

⁵⁰ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 25, secondo cui tale dato dimostra la «crescente sofferenza organizzativa» degli uffici giudiziari in esame.

⁵¹ Nel 2016/2017 la durata era pari a 369 giorni. Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 24.

⁵² Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 25 e 27.

⁵³ Le percentuali, approssimate alla seconda cifra decimale, sono state ottenute elaborando i dati numerici riportati in *webstat.giustizia.it* (consultato l'8 luglio 2020), secondo cui, nel 2019, i provvedimenti di archiviazione ammontano a 467.524, le sentenze a seguito di rito alternativo a 51.809, i decreti penali di condanna esecutivi a 26.165 e i decreti che dispongono il giudizio a 90.755.

2019 solo l'8,46% dei processi di primo grado con autore noto definiti mediante sentenza si è concluso con patteggiamento, mentre il 10,96% con giudizio abbreviato⁵⁴. Nei dati sugli uffici g.i.p.-g.u.p. la definizione a seguito di messa alla prova è verosimilmente ricompresa nella voce sui riti alternativi; manca invece ogni riferimento al *probation* nelle citate statistiche sul tribunale monocratico di primo grado.

Una maggiore difficoltà nel definire l'arretrato per il giudice monocratico rispetto ad altri organi è, seppur non giustificabile, perlomeno comprensibile, considerata la complessa attività istruttoria dibattimentale e i numerosi potenziali imprevisti, come i rinvii – anche plurimi – per mancata presentazione di testimoni o la rinnovazione del dibattimento che deve (*rectius* dovrebbe) conseguire alla sostituzione del giudice⁵⁵. In una certa misura (e fatta salva l'importanza, altrettanto fondamentale, dell'organizzazione degli uffici), la difficoltà nel gestire il carico di lavoro è talvolta giustificata dall'imprescindibile necessità di garantire il contraddittorio nella formazione della prova, l'oralità e l'immediatezza⁵⁶.

Tuttavia, il processo accusatorio funziona se l'imputato – che conserva comunque la facoltà di optare per le modalità dibattimentali – è indotto dal sistema a scegliere riti premiali semplificati in una percentuale rilevante di casi, lasciando al dibattimento solo i giudizi che effettivamente abbisognano della formazione della prova in contraddittorio, più garantita ma anche più onerosa in termini di tempo e di risorse⁵⁷.

⁵⁴ Anche in questo caso, le percentuali, approssimate alla seconda cifra decimale, sono state calcolate sulla base dei dati numerici riportati in *webstat.giustizia.it* (consultato l'8 luglio 2020), secondo cui, a fronte di un totale di 271.590 procedimenti, ne sono stati definiti 22.964 con patteggiamento e 29.772 con rito abbreviato.

⁵⁵ L'art. 525 comma 2 c.p.p. è molto chiaro nell'imporre tale regola a pena di nullità assoluta. Tuttavia recenti interpretazioni giurisprudenziali, forzando vistosamente il dato legislativo, hanno ridimensionato la portata applicativa della norma: Cass., sez. un., 30 maggio 2019, n. 41736, Bajrami Klevis, in *Guida dir.*, 2019, n. 44, p. 93 e 95, e *ivi*, n. 46, p. 64 ss.

⁵⁶ Volendo, PASCUCCI, Nicola, *Azione penale e durata dei procedimenti in Italia e in Europa: alcune osservazioni "dati alla mano"*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, p. 29.

⁵⁷ Secondo CONSO, Giovanni, *Introduzione*, in BARGIS, Marta (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 9^a ed., CEDAM, Milano, 2018, p. LXXXIX, «è proprio l'invocata esperienza anglo-americana a dimostrare come quel celebrato

Al riguardo, a parte la condivisibile introduzione della sospensione del procedimento con messa alla prova con legge n. 67/2014 e alcuni ritocchi secondari⁵⁸, non si coglie nelle recenti riforme una chiara volontà di valorizzare i riti premiali; emerge anzi un atteggiamento ambiguo, proteso a non scontentare le aspettative sociali⁵⁹.

È pur vero che alcuni procedimenti speciali come l'applicazione della pena su richiesta delle parti e il *probation* comportano la rinuncia non solo al contraddittorio nella formazione della prova – metodo “principe” per l'accertamento dei fatti, che però l'art. 111 comma 5 Cost. consente di derogare mediante il consenso dell'imputato, come accade nel rito abbreviato in cambio di rilevanti benefici premiali – bensì allo stesso accertamento della colpevolezza: una mera valutazione del giudice sull'assenza di cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p. non può infatti definirsi tale⁶⁰. Considerato tuttavia, come poc'anzi detto, l'estremamente esiguo livello di adesione ai riti premiali nel processo penale italiano⁶¹, un ponderato potenziamento degli stessi non sembra

sistema in tanto può porre il dibattito a simbolo del processo penale, in quanto il dibattito non sia la regola generale, il rito consueto, la *condicio sine qua non*. Il che diventa possibile solo grazie alle alternative che ne riducono al massimo l'utilizzazione».

⁵⁸ Come lo sconto di pena di un mezzo per le contravvenzioni sottoposte a giudizio abbreviato o le peculiari modalità di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria nel procedimento per decreto, ad opera della legge n. 103/2017.

⁵⁹ Si considerino, a mero titolo di esempio, l'abolizione del rito abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo con legge n. 33/2019 (su cui v. *infra*, par. 4), l'introduzione del comma 1-ter nell'art. 445 c.p.p. con legge n. 3/2019 e le modifiche agli artt. 438 commi 2 e 6-bis e 464 comma 1 c.p.p. con legge n. 103/2017.

⁶⁰ FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 172 ss. In relazione alla messa alla prova, la dottrina ha individuato diversi orientamenti giurisprudenziali, più o meno inclini a valorizzare la componente accertativa del rito: CONTI, Carlotta, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 666 ss. Occorre però ribadire che una valutazione “in negativo” ex art. 129 c.p.p. non può in alcun caso costituire accertamento di responsabilità.

⁶¹ Neppure l'introduzione nel 2003 del c.d. patteggiamento “allargato” ha prodotto effetti deflativi di rilievo. All'indomani di tale riforma, in dottrina erano invece emerse preoccupazioni nei confronti di un assetto che avrebbe potuto potenzialmente portare al ribaltamento – non solo in astratto ma anche in

idoneo a comportare la generalizzazione di modelli non cognitivi, ma contribuirebbe semplicemente a decongestionare la giustizia penale con effetti benefici sulla qualità dell'accertamento nei restanti processi, cui potrebbero così dedicarsi maggiori attenzioni ed energie. Dal punto di vista costituzionale, un rafforzamento del patteggiamento e della messa alla prova pare senz'altro legittimo, purché circoscritto entro limiti legislativamente predefiniti⁶². Del resto, la richiesta di riti alternativi è una delle principali modalità di esercizio del diritto di difesa, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale⁶³. La regola che subordina la

concreto – del rapporto regola-eccezione tra modello processuale cognitivo e non cognitivo: KOSTORIS, Roberto E., *Con il nuovo «patteggiamento allargato» il rischio di una gigantesca negoziazione*, in *Guida dir.*, 2003, n. 25, p. 9 s.

⁶² La Consulta ha ad esempio “salvato” il c.d. patteggiamento allargato in ragione delle limitazioni oggettive, soggettive e premiali previste dal legislatore, che lo differenziano dal patteggiamento tradizionale: Corte cost., sent. 9 luglio 2004, n. 219, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3608 ss.

⁶³ Corte cost., sent. 14 febbraio 2020, n. 19, in *Gazz. uff.*, 1^a serie speciale, n. 8 del 2020, p. 27 ss.; Corte cost., sent. 11 aprile 2019, n. 82, in *Guida dir.*, 2019, n. 24, p. 68 ss.; Corte cost., sent. 5 luglio 2018, n. 141, in *Guida dir.*, 2018, n. 32, p. 54 ss.; Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206, in *Guida dir.*, 2017, n. 39, p. 68 ss.; Corte cost., 21 luglio 2016, n. 201, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4052 ss.; Corte cost., sent. 5 dicembre 2014, n. 273, in *Cass. pen.*, 2015, p. 580 ss.; Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, in *Cass. pen.*, 2013, p. 141 ss.; Corte cost., sent. 9 luglio 2004, n. 219, cit.; Corte cost., sent. 25 maggio 2004, n. 148, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3543 ss.; Corte cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1084 ss.; Corte cost., sent. 11 dicembre 1995, n. 497, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 832 ss.; Corte cost., sent. 11 marzo 1993, n. 76, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1354 ss.

La messa alla prova, inoltre, nonostante le criticità sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza a causa dell'espletamento di un programma trattamentale senza una previa condanna, presenta altresì un'importante valenza rieducativa, che la differenzia dal patteggiamento: v., per tutti, Corte cost., sent. 27 aprile 2018, n. 91, in *Gazz. uff.*, 1^a serie speciale, n. 18 del 2 maggio 2018, p. 37 ss., la quale, dopo aver fugato i dubbi di legittimità dell'istituto anche in relazione all'art. 27 comma 2 Cost., individua analogie e differenze rispetto all'applicazione della pena su richiesta delle parti e riconosce la natura rieducativa e risocializzante del *probation*. Come osserva parte della dottrina (CONTI, Carlotta, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, cit., p. 680), l'estensione agli adulti della messa alla prova, prima riservata ai soli minorenni, tratteggia inoltre scenari inediti: abbandonando le tradizionali sanzioni penali pecuniarie e detentive, apre la strada ad un ripensamento dell'intervento sanzionatorio in un'ottica non carcerocentrica,

pena all'accertamento della responsabilità, implicita nel nostro sistema costituzionale, può ritenersi parzialmente disponibile, cioè derogabile col consenso dell'imputato (diverso da quello ex art. 111 comma 5 Cost., riferito invece non all'accertamento in sé, ma al metodo con cui di regola si compie l'accertamento), accompagnato dalla predetta valutazione negativa giudiziale ex art. 129 c.p.p.⁶⁴.

4. SEGUE: LE CORTI D'ASSISE.

I numeri delle pendenze in corte d'assise sono molto più contenuti ed oscillano tra i 461 del 2005 e i 332 del 2016. Nel 2017 erano pari a 344, nel 2018 a 423, nel 2019 a 415⁶⁵. La situazione, sostanzialmente stazionaria, rischia tuttavia di essere compromessa da una recente riforma: in base alla legge 12 aprile 2019, n. 33, non è più ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo⁶⁶.

sempre più imperniato su trattamenti individualizzati e variabili in ragione delle esigenze risocializzanti del singolo soggetto.

⁶⁴ In tal senso, in relazione al patteggiamento, FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 172 ss., il quale parla di «volontà dell'imputato che nel corso del processo concordi con la controparte l'applicazione della pena».

⁶⁵ Fonte: MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA, *Monitoraggio della giustizia penale - anni 2003 - I trimestre 2020*, cit.

⁶⁶ La legge ha dettato la preclusione con l'introduzione del comma 1-bis nell'art. 438 c.p.p. ed ha correlativamente soppresso gli ultimi due periodi dell'art. 442 comma 2 c.p.p. Il legislatore ha inoltre modificato altre disposizioni per armonizzare la nuova disciplina con la trama codicistica, nonostante residuo diverse problematiche di coordinamento: v. SPANGHER, Giorgio, *Esclusi dall'abbreviato i reati puniti con l'ergastolo (l. n. 33 del 2019)*, in *Il processo*, 2019, n. 2, p. 489 ss.; VIGONI, Daniela, *Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 928. In particolare, sul mancato raccordo della novella con la normativa processuale minorile, in cui l'ergastolo non è applicabile, v. ZAPPULLA, Angelo, *Le deroghe al rito ordinario nelle varie fasi del procedimento*, in ZAPPALÀ, Enzo (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, 3^a ed., Giappichelli, Torino, 2019, p. 120 s.

Il legislatore e la Corte costituzionale erano già intervenuti diverse volte sulle norme in esame. Poco dopo l'entrata in vigore del codice di procedura

A parte l'ambigua espressione utilizzata (si parla di delitti «*puniti*» con l'ergastolo)⁶⁷, la novella potrebbe anche ingenerare dubbi di legittimità costituzionale sotto i profili della ragionevolezza – creando sperequazioni ingiustificate tra fattispecie – nonché della presunzione di non colpevolezza e del diritto di difesa⁶⁸. È infatti fuorviante considerare l'accesso al giudizio abbreviato come un mero beneficio, accordabile in quanto tale a determinati reati e non ad altri sulla base di scelte discrezionali del

penale, la Consulta dichiarava l'illegittimità per eccesso di delega dell'art. 442 comma 2, secondo periodo, c.p.p., che prevedeva la sostituzione dell'ergastolo con la reclusione di trent'anni. La legge n. 479/1999 (c.d. legge Carotiti) ripristinava in seguito la disposizione originaria. L'art. 7 decreto legge n. 341/2000, conv. in legge n. 4/2001, prevedeva poi, al comma 1, che l'espressione «pena dell'ergastolo» di cui all'art. 442 comma 2, ultimo periodo, c.p.p. dovesse intendersi come «ergastolo senza isolamento diurno» e, al comma 2, che l'ergastolo con isolamento diurno, nelle ipotesi di concorso di reati e di continuazione, venisse sostituito con l'ergastolo. Sull'art. 7 comma 1 decreto legge n. 341/2000, conv. in legge n. 4/2001, interveniva in seguito Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, in *Gazz. uff.*, 1^a serie speciale, n. 30 del 24 luglio 2013, p. 86 ss.

⁶⁷ Formulazione che, secondo alcuni, consentirebbe di valutare le circostanze attenuanti ai fini dell'ammissione al rito: PREZIOSI, Stefano, *Ergastolo e paradigma punitivo nel fuoco del giudizio abbreviato: linee di intersezione fra diritto e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 254 s., secondo cui una soluzione collegata alla mera pena in astratto sarebbe incostituzionale. *Contra* VIGONI, Daniela, *Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo*, cit., p. 920.

⁶⁸ In tal senso, DE CARO, Agostino, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1636, il quale ragiona su due proposte di legge che al tempo erano ancora in corso di approvazione; PILLONI, Raffaele, *Giustizia penale negoziata e divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2020, n. 1, p. 20 ss. Esclude invece profili di illegittimità costituzionale SPANGHER, Giorgio, *Esclusi dall'abbreviato i reati puniti con l'ergastolo (l. n. 33 del 2019)*, cit., p. 489 ss., «trattandosi di disposizione che riguarda tutti i reati, puniti con la pena massima»; similmente, richiamando le argomentazioni della Consulta in merito alle esclusioni nel c.d. patteggiamento allargato, VIGONI, Daniela, *Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo*, cit., p. 929 s., la quale però ritiene configurabile un'illegittimità in relazione ai minorenni, per i quali *a priori* non è ammesso l'ergastolo. Sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale: g.u.p. Trib. La Spezia, ord. 6 novembre 2019, in *Gazz. uff.*, 1^a serie speciale, n. 4 del 22 gennaio 2020, p. 20 ss.; Corte assise Napoli, 5 febbraio 2020, in *Gazz. uff.*, 1^a serie speciale, n. 27 dell'1 luglio 2020, p. 101 ss.

legislatore. Tale rito non comporta semplicemente uno sconto di pena, ma implica, come rilevante contropartita, la rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova, che è il metodo ordinario – e il più garantista – di accertamento processuale⁶⁹. Non si giustificano quindi preclusioni sulla base del tipo di reato, tanto più che, come afferma costantemente la Consulta, la facoltà di chiedere i riti premiali costituisce una delle espressioni più rilevanti del diritto di difesa⁷⁰. Inoltre, quando l'imputato, che è presunto innocente, ritiene infondate le gravi accuse a suo carico, il giudizio abbreviato può rappresentare una via d'uscita più celere dal circuito processuale: potrebbe dunque sostenersi l'irragionevolezza del divieto *de quo ex art. 27 comma 2 Cost.*⁷¹.

L'interpolazione in esame non solo si pone in controtendenza rispetto agli attuali orientamenti della Consulta volti a circoscrivere la portata dell'ergastolo⁷², ma contrasta pure con le finalità di efficienza processuale⁷³, rischiando di provocare, fra alcuni anni, rilevanti problemi di ragionevole durata dei processi presso le corti d'assise. Infatti, prima della riforma, circa 200 omicidi aggravati su 300 ogni anno erano decisi con giudizio abbreviato dal giudice dell'udienza preliminare⁷⁴. Essi, d'ora in poi, dovranno essere definiti dalle corti d'assise. Detti numeri, non

⁶⁹ Al riguardo, ORLANDI, Renzo, *Procedimenti speciali*, in BARGIS, Marta (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit., p. 669.

⁷⁰ Per i riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, v. *supra*, nota n. 63.

⁷¹ In tal senso, DE CARO, Agostino, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, cit., p. 1636. Tale A. afferma altresì, in modo condivisibile, che è scorretto limitare alla sola condanna le valutazioni sull'utilità di questo rito, risolvendosi lo stesso in un vero e proprio giudizio, che può anche concludersi con un'assoluzione.

⁷² Come osserva DOLCINI, Emilio, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2019, p. 8, il quale cita la sentenza n. 149/2018 della Corte costituzionale.

⁷³ DE CARO, Agostino, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, cit., p. 1636.

⁷⁴ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 26, in cui si manifestano preoccupazioni sotto il profilo della ragionevole durata, anche a causa dell'elevata complessità media di questi procedimenti, prevedendo una triplicazione del carico di lavoro per le corti d'assise.

elevati in termini assoluti e facilmente riassorbibili dalla sezione g.i.p.-g.u.p., risultano estremamente considerevoli se rapportati a quelli dei procedimenti iscritti, definiti e pendenti presso le corti d'assise, pari rispettivamente, come osservato, a 262, 273 e 415 nel 2019. Le probabili conseguenze di questa riforma sono dunque opposte al presumibile intento del legislatore⁷⁵: non rafforza la risposta statutale contro la criminalità più grave, ma onera l'organo giudicante, allungando inevitabilmente i tempi decisori⁷⁶ e rischiando di compromettere la dovizia del singolo accertamento. Si potrebbero poi presentare, con maggior frequenza, problemi legati alla decorrenza dei termini massimi di custodia cautelare, effetti disincentivanti nella collaborazione degli imputati per delitti di criminalità organizzata e riflessi su tribunali e corti d'appello, che forniscono alle corti d'assise i giudici togati⁷⁷. Vi è il pericolo di frustrare la domanda di giustizia proprio per i delitti più gravi e, in genere, maggiormente sottoposti all'attenzione mediatica. La riforma, pur coinvolgendo un numero tutto sommato ridotto di procedimenti, ha dunque la capacità di

⁷⁵ Ad ogni modo, già durante l'iter legislativo vi erano stati espliciti richiami a «prestare molta attenzione ad una analisi costi/benefici tra un messaggio, che si vorrebbe rassicurante, di maggiore severità nei confronti dei colpevoli e il risultato concreto di una diminuita efficienza del sistema complessivo della giustizia penale»: BRUTI LIBERATI, Edmondo, *Audizione - Senato della Repubblica, 2ª Commissione, 12 febbraio 2019, Esame DDL n. 925 in materia di giudizio abbreviato*, in www.senato.it, p. 4.

⁷⁶ Per preoccupanti, ingiusti ed antieconomici esempi di «ritorni, sbandamenti ed ingiustizie», che la presente riforma può cagionare nelle singole situazioni processuali a seguito della modifica dell'imputazione nel procedimento, v. VALIANI, Teresa (a cura di), *Ergastolo, stop all'abbreviato. Intervista al prof. Glauco Giostra*, in *Giustizia insieme*, 5 aprile 2019: per l'intervistato, Prof. Glauco Giostra, la novella rappresenta quindi «un grave fattore di appesantimento e di disordine per la giustizia, ma evidentemente era più importante esibire un'inutile muscolarità sanzionatoria».

⁷⁷ BRUTI LIBERATI, Edmondo, *Audizione - Senato della Repubblica, 2ª Commissione, 12 febbraio 2019, Esame DDL n. 925 in materia di giudizio abbreviato*, cit., p. 4. In argomento, v. altresì MARANDOLA, Antonella, *La riforma del giudizio abbreviato: prime questioni applicative ed esegetiche della legge n. 33 del 2019*, in *Studium iuris*, 2019, p. 1429; SPANGHER, Giorgio, *Esclusi dall'abbreviato i reati puniti con l'ergastolo (l. n. 33 del 2019)*, cit., p. 489 ss.; VIGONI, Daniela, *Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo*, cit., p. 929.

alterare in modo negativo, più di tante altre interpolazioni passate, anche la percezione sociale della giustizia⁷⁸.

5. SEGUE: I GIUDICI DI PACE.

Occorre anche accennare alla giustizia di pace, in cui si registra un decremento delle pendenze dal 2014. Il valore più elevato si era infatti raggiunto nel 2013 con 164.967 affari in corso; nel 2019 il numero è sceso a 101.073⁷⁹, tornando al di sotto dei valori del 2005⁸⁰. La durata dei procedimenti di primo grado nell'anno giudiziario 2018/2019 è sostanzialmente stabile, essendo passata da 229 a 228 giorni⁸¹.

Gli uffici del giudice di pace hanno sicuramente tratto giovamento dalle passate depenalizzazioni⁸² e dalla trasformazione in illeciti civili di alcune fattispecie penali secondarie ma numericamente consistenti⁸³. Non a caso, nel 2015 le *notitiae criminis* per ingiuria ammontavano a 37.504, mentre quelle per danneggiamento erano pari a 19.490, su un totale di notizie di reato soggettivamente qualificate di 624.436⁸⁴. Oggi, l'ingiuria e le condotte-base di danneggiamento, che rientravano nella

⁷⁸ Secondo VIGONI, Daniela, *Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo*, cit., p. 929, l'effetto è quello di procrastinare l'esecuzione della pena proprio per quei reati che destano il maggior allarme sociale, con un conseguente nocimento all'effettività della pena, intesa come un rapido accertamento di responsabilità ed una celere risposta sanzionatoria per soddisfare le «invocate richieste di giustizia della vittima e della collettività».

⁷⁹ Fonte: MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA, *Monitoraggio della giustizia penale - anni 2003 - I trimestre 2020*, cit.

⁸⁰ Anche in questo caso, il dato sulle pendenze pare talvolta discostarsi dal rapporto tra procedimenti iscritti e definiti. Ad esempio, nel 2014 e 2017 i primi superavano i secondi.

⁸¹ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 24.

⁸² L'ultima depenalizzazione di carattere generale è stata realizzata con d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8.

⁸³ Mediante d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

⁸⁴ Fonte: ISTAT, *Banca Dati I.Stat*, in *dati.istat.it* (sito consultato l'8 luglio 2020).

competenza del giudice di pace, sono divenute illeciti civili, mentre per la fattispecie *ex art. 635 c.p.*, nella sua nuova formulazione più circoscritta, è competente il tribunale monocratico.

Tuttavia, la situazione potrebbe complicarsi a causa del d.lgs. n. 116/2017, che, in esecuzione della legge delega n. 57/2016, ha riformato la magistratura onoraria, introducendo la nuova figura del giudice onorario di pace (g.o.p.) in sostituzione dei giudici di pace e dei giudici onorari di tribunale (g.o.t.). Le precedenti figure professionali resteranno in carica alcuni anni, per poi essere definitivamente sostituite dai g.o.p.⁸⁵. La riforma conferma l'assenza di tutele assistenziali e previdenziali⁸⁶, prevede un sostanziale decremento degli indennizzi⁸⁷ e, almeno formalmente, un minore impegno quantitativo, con l'indicazione di un periodo massimo pari a due giorni alla settimana per assolvere alle proprie funzioni onorarie, che, a seconda delle maggiori o minori carenze di organico delle varie sedi, potrebbe rivelarsi un irragionevole limite alla produttività dei magistrati o, al contrario, una soglia meramente formale e disattesa nella prassi, idonea soltanto a giustificare l'esiguità dei predetti indennizzi⁸⁸.

In generale, la riforma ha ridotto le prerogative dei giudici onorari e li ha indirizzati in modo massiccio all'impiego nell'ufficio per il processo dei tribunali⁸⁹, nonostante sia nota la carenza di organico dei giudici di

⁸⁵ Gli artt. 29-31 d.lgs. n. 116/2017 dettano la disciplina transitoria per i magistrati onorari nominati secondo le regole previgenti.

⁸⁶ I contributi previdenziali sono a carico del magistrato onorario: v. art. 25 d.lgs. n. 116/2017.

⁸⁷ Definisce le quote fisse di indennità per i g.o.p. «di consistenza oltraggiosa, perché di poco superiori ai 600 euro netti mensili» BRACCIALINI, Roberto, *Magistratura onoraria: e adesso?*, in www.questionegiustizia.it, 11 maggio 2020. Ad esse vanno poi aggiunte le quote variabili.

⁸⁸ Il primo concorso per titoli volto a selezionare i giudici onorari di pace e i vice-procuratori onorari secondo la nuova normativa si è tenuto sulla base del bando pubblicato in *Gazz. uff.*, Suppl. Ord. n. 1, 4^a Serie speciale, 13 febbraio 2018, n. 13.

⁸⁹ V. art. 9 comma 3 d.lgs. n. 116/2017, che detta un'incompatibilità tra l'appartenenza all'ufficio per il processo e l'esercizio della giurisdizione civile e penale negli uffici del giudice di pace. Per approfondimenti, v. AGHINA, Ernesto, *L'utilizzazione dei giudici onorari in tribunale dopo la riforma*, in *Giustizia insieme*, 17 novembre 2018.

pace⁹⁰. La novella, riguardando anche i magistrati onorari presso i tribunali, rischia pure di determinare conseguenze negative sulla produttività di questi ultimi uffici, considerando altresì la disciplina molto stringente sull'assegnazione di procedimenti penali di competenza del tribunale ai giudici non togati e sulla loro destinazione nei collegi⁹¹.

Considerato il ruolo indispensabile dei giudici di pace nel sistema giudiziario italiano – i quali, in ambito penale, si occupano di reati minori che in mancanza graverebbero sui già oberati tribunali monocratici – occorre introdurre efficaci correttivi ordinamentali per garantirne buone condizioni di lavoro e per favorire così non solo una celere definizione dei procedimenti, ma innanzitutto la loro indipendenza.

6. SEGUE: LE CORTI D'APPELLO.

Per quanto riguarda la situazione delle corti d'appello, negli ultimi anni si registra un decremento dei processi in corso: 275.596 nel 2017, 271.247 nel 2018 e 263.317 nel 2019. Il dato, tuttavia, conforta solo in parte: il valore del 2017 è il più alto degli ultimi quindici anni e, da inizio rilevazione, le pendenze sono più che raddoppiate (nel 2003, primo anno riportato, esse ammontavano a 130.395). In sostanza, l'attuale diminuzione pare inserirsi nell'andamento altalenante ma sostanzialmente stazionario dei tempi più recenti: dal 2004 al 2013 il valore è infatti costantemente aumentato, giungendo nel 2013 a 266.475 procedimenti, per poi assestarsi mediamente intorno ai 265.000 processi in corso, con periodici incrementi e flessioni che si bilanciano a vicenda negli anni⁹².

Tuttavia, salvo eccezioni, gli uffici di corte d'appello sono tra i più in difficoltà, come dimostra la durata media dei procedimenti, pari addirittura a 840 giorni nel 2018/2019: pur essendo in calo del 2,4%

⁹⁰ Intorno al 64% secondo AGHINA, Ernesto, *L'utilizzazione dei giudici onorari in tribunale dopo la riforma*, cit.

⁹¹ Artt. 9 comma 4, 11 e 12 d.lgs. n. 116/2017.

⁹² Fonte: MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA, *Monitoraggio della giustizia penale - anni 2003 - I trimestre 2020*, cit.

rispetto all'anno giudiziario precedente, resta il valore più elevato tra tutte le fasi e i gradi del procedimento penale, superiore ai due anni previsti per il secondo grado dalla legge Pinto⁹³.

Ad oggi non pare che i tempi processuali abbiano subito sensibili modifiche a seguito dell'introduzione dell'obbligo di rinnovazione istruttoria in caso di appello del pubblico ministero contro sentenze di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa⁹⁴, previsione peraltro limitata dalla giurisprudenza alle prove decisive⁹⁵.

Un istituto dal consistente potenziale deflativo è il concordato in appello ai sensi degli artt. 599-*bis* e 602 comma 1-*bis* c.p.p., reintrodotta dalla legge n. 103/2017, che però riceve ancora un'applicazione fin troppo limitata da parte degli operatori, anche a causa delle sue limitazioni oggettive⁹⁶.

Tale situazione, in assenza di efficaci soluzioni correttive, risulterà ancor più critica quando entreranno a pieno regime dapprima

⁹³ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 24.

Anche il *disposition time* si assesta su valori simili: 835 giorni (v. *supra*, par. 2).

⁹⁴ Obbligo introdotto dapprima in via giurisprudenziale (Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203 ss.; Cass., sez. un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2666 ss.) per adeguarsi agli insegnamenti della Corte EDU (Corte eur. dir. uomo, sez. III, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2012, n. 2; Corte eur. dir. uomo, sez. I, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, in *hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-175865*) e poi in via legislativa con l'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., inserito dalla legge n. 103/2017.

⁹⁵ Per questa lettura restrittiva dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., in linea con la giurisprudenza immediatamente anteriore all'inserimento di tale disposizione, v., *ex multis*, Cass., sez. un., 21 dicembre 2017, n. 14800, p.m. in proc. Troise, in *Guida dir.*, 2018, n. 24, p. 68 ss.; Cass., sez. II, 3 luglio 2018, n. 39077, in *Guida dir.*, 2018, n. 38, p. 80. Secondo la più recente relazione sull'amministrazione della giustizia della Corte di cassazione, sarebbero stati segnalati «da più parti» dei rallentamenti a causa dell'obbligo di rinnovazione (CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 38, che però, dopo aver riferito genericamente dette segnalazioni, non fornisce informazioni dettagliate). Sembra tuttavia che questi eventuali rallentamenti non abbiano inciso in modo rilevante sulle statistiche a livello nazionale.

⁹⁶ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 38.

la riforma della prescrizione del reato dettata dalla legge n. 103/2017 – che ha introdotto due ulteriori cause di sospensione in appello e in cassazione, entrambe della durata massima di un anno e sei mesi – e poi quella di cui alla legge n. 3/2019, che detta una singolare causa di sospensione “permanente”⁹⁷, a partire dalla sentenza di primo grado o dal decreto di condanna e fino alla conclusione del giudizio con pronuncia irrevocabile⁹⁸.

In appello – ma anche, in misure diverse, negli altri stati e gradi del procedimento – la prescrizione riveste concretamente un ruolo fondamentale per la sostenibilità del sistema, definendo una serie di procedimenti di caratura di solito non particolarmente elevata, divenuti ormai vetusti. I reati che il legislatore considera più gravi sono infatti imprescrittibili⁹⁹ o presentano termini molto lunghi¹⁰⁰.

In particolare, se è vero che la maggior parte delle dichiarazioni di prescrizione avviene in fase d’indagine (nel 2019 i provvedimenti di archiviazione per tale causa di estinzione del reato sono 43.745 su un

⁹⁷ È improprio parlare in questo caso di sospensione, poiché la prescrizione cessa definitivamente di decorrere: per tutti, DE CARO, Agostino, *La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell’azione e l’estinzione del processo*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2020, n. 1, p. 4 s.; MARANDOLA, Antonella, *Prescrizione, effetti collaterali e rimedi*, in *Sist. pen.*, 23 luglio 2020; FERRUA, Paolo, *La prescrizione del reato e l’insostenibile riforma “Bonafede”*, in *Giur. it.*, 2020, p. 978.

⁹⁸ La prima novella si applica ai reati commessi dal 3 agosto 2017, la seconda a quelli commessi dall’1 gennaio 2020. Tra l’altro, la nuova formulazione dell’art. 159 c.p. presenta diverse incongruenze: ad esempio, non si contemplano gli effetti della revoca del decreto penale in caso di opposizione, né quelli dell’annullamento delle pronunce di primo grado, che provocano una regressione a un momento precedente alla sospensione, non si prevedono termini massimi e di fase nelle impugnazioni: SPANGHER, Giorgio, *Un confronto senza pregiudizi sulla prescrizione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 973.

⁹⁹ V. infatti l’art. 157 comma 8 c.p., secondo cui «la prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell’ergastolo, anche come effetto dell’applicazione di circostanze aggravanti».

¹⁰⁰ La prescrizione è raddoppiata per le fattispecie di cui all’art. 157 comma 6 c.p., mentre l’art. 160 c.p., che detta le cause di interruzione del corso della prescrizione, prevede un limite massimo al relativo incremento dei tempi, fatta eccezione per i delitti ex art. 51 commi 3-bis e 3-quater c.p.p.

totale di 113.524 dichiarazioni di prescrizione)¹⁰¹, una considerevole percentuale è riscontrabile pure in appello: 29.725 nel 2019, pari al 26,18%.

Le dichiarazioni di prescrizione in secondo grado sono in aumento dal 2012: da 13.726 nel 2011, pari all'11,38% del totale¹⁰², sono passate nel 2012 a 18.592 (il 16,91%¹⁰³), per poi crescere di anno in anno a 21.521 (il 18,00%¹⁰⁴), 24.304 (il 18,62%¹⁰⁵), 24.326 (il 18,68%¹⁰⁶), 25.748 (il 18,81%¹⁰⁷), 28.185 (il 22,43%¹⁰⁸), 29.216 (il 24,16%¹⁰⁹) e 29.725 (il 26,18%¹¹⁰). Vi è dunque una progressione sia in valore assoluto sia in percentuale rispetto al numero di procedimenti dichiarati prescritti in ogni stato e grado. L'aumento percentuale è comunque in parte dovuto alla generale e significativa contrazione delle pronunce di prescrizione

¹⁰¹ Per i dati sulla prescrizione del reato contenuti nel presente paragrafo, v. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (DG-STAT), *Statistiche giudiziarie. Area penale*, cit. Per i dati sulla prescrizione in cassazione, v. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale - Annuario statistico 2019. Periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*, in www.cortedicassazione.it, 16 gennaio 2020. Le percentuali, approssimate alla seconda cifra decimale, sono state calcolate autonomamente aggregando tali statistiche.

¹⁰² Il numero complessivo è 120.196 nelle fasi e nei gradi di merito, oltre a 404 procedimenti prescritti in cassazione, per un totale di 120.600 nel 2011.

¹⁰³ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2012: 109.944 (109.510 nelle fasi e nei gradi di merito).

¹⁰⁴ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2013: 119.557 (119.119 nelle fasi e nei gradi di merito).

¹⁰⁵ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2014: 130.543 (129.613 nelle fasi e nei gradi di merito).

¹⁰⁶ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2015: 130.209 (129.531 nelle fasi e nei gradi di merito).

¹⁰⁷ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2016: 136.888 (136.120 nelle fasi e nei gradi di merito).

¹⁰⁸ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2017: 125.680 (125.020 nelle fasi e nei gradi di merito).

¹⁰⁹ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2018: 120.907 (120.261 nelle fasi e nei gradi di merito).

¹¹⁰ Procedimenti totali definiti per prescrizione nel 2019: 113.524 (112.663 nelle fasi e nei gradi di merito).

negli ultimi anni, ridottesi complessivamente da 136.888 nel 2016 a 113.524 nel 2019.

Sul totale dei procedimenti definiti in secondo grado, la percentuale di quelli conclusi con sentenza di non doversi procedere per prescrizione è elevata: nel 2011 erano il 17,34%, nel 2012 il 19,51% e, negli anni successivi fino al 2019, il 21,52%, il 23,46%, il 24,05%, il 23,44%, il 25,76%, il 25,39% e il 25,82%. Da alcuni anni, un processo su quattro in appello termina dunque in tal modo.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle finalità della prescrizione, correlate all'attenuarsi dell'interesse pubblico a punire e al graduale venir meno delle esigenze di rieducazione del reo in conseguenza dello scorrere del tempo¹¹¹, nonché alla maggior difficoltà nel raccogliere prove e nel ricostruire i fatti a notevole distanza temporale dagli eventi¹¹². Tuttavia, se è vero che, da un punto di vista teorico, lo scopo della prescrizione non è quello di garantire la ragionevole durata del processo¹¹³, sono innegabili le ricadute indirette della prima sulla seconda¹¹⁴.

¹¹¹ V. ad esempio FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Zanichelli, Bologna, 2019, p. 839. Sul «potere al reo di divenire migliore» col passare del tempo, v., già nel 1764, BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1764), edizione a cura di BURGIO, Alberto, 6ª ed., Feltrinelli, Milano, 1998, p. 89.

¹¹² GATTA, Gian Luigi, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

Quest'ultima finalità, il cui mancato perseguimento può ledere il diritto di difesa, permane anche in secondo grado, soprattutto a seguito dell'introduzione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p., non essendo più l'appello un giudizio di natura meramente cartolare.

¹¹³ Per tutti, GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 81 ss.; GIOSTRA, Glauco, *Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione*, in *Sist. pen.*, 13 gennaio 2020.

¹¹⁴ Nello stesso senso, *si vis*, PASCUCCI, Nicola, *Azione penale e durata dei procedimenti in Italia e in Europa: alcune osservazioni "dati alla mano"*, cit., p. 33. Sul punto, v. anche MARANDOLA, Antonella, *Prescrizione e processo: l'asistematicità dell'attuale disciplina*, cit., p. 993; MAZZA, Oliviero, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, cit., secondo cui «la prescrizione non è in sé capace di garantire la ragionevole durata del processo, ma rappresenta la sanzione per i casi limite in cui comunque tale ragionevole durata è stata superata»; DE CARO, Agostino, *Tempo, punizione e processo: le indubbe connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione*,

Al netto di ogni considerazione in merito alle predette novelle¹¹⁵, occorre innanzitutto fare i conti con la realtà: una sospensione “perpetua” della prescrizione a partire dalla pronuncia della sentenza di primo grado, senza alcuna riforma organica del diritto penale e processuale in grado di prevedere adeguate soluzioni compensative, è insostenibile per la giustizia italiana¹¹⁶. Essa determinerà senz’altro un allungamento della durata dei procedimenti, sia per il materiale incremento del carico giudiziario da valutare necessariamente nel merito (anche datato, con conseguenti difficoltà nell’accertamento), sia per l’assenza di termini che fungano da incentivo per l’autorità giudiziaria¹¹⁷ (*in primis* per i giudici di appello e di cassazione, ma anche per il pubblico ministero

in *Sist. pen.*, 22 luglio 2020, il quale ritiene che la prescrizione del reato e la ragionevole durata del processo siano indiscutibilmente connesse e che alla prima non possa negarsi, in assenza di altre regole sul decorso del tempo, «una diretta, anche se parziale, incidenza» sulla seconda, benché la disciplina risulti «non soddisfacente, di retroguardia, limitata solo ad evitare gli arbitri più eclatanti»; ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE “GIAN DOMENICO PISAPIA”, *Sulla proposta di modifica della disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2018.

¹¹⁵ Sui dubbi di incostituzionalità della riforma del 2019, v., per tutti, ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE “GIAN DOMENICO PISAPIA”, *Sulla proposta di modifica della disciplina della prescrizione*, cit. In tale presa di posizione, di poco anteriore all’approvazione definitiva della legge n. 3/2019, l’Associazione ha evidenziato la stretta correlazione tra la prescrizione e la ragionevole durata del processo, volta a tutelare non soltanto l’imputato, ma anche la persona offesa e la collettività, individuando un contrasto tra la ragionevole durata e la riforma in esame, ancor più palese nella parte in cui sospende in ogni caso la prescrizione dopo la pronuncia di primo grado, non distinguendo tra sentenza di assoluzione e di condanna; MAZZA, Oliviero, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, cit. V. altresì l’appello dell’Unione Camere Penali Italiane e di oltre centodieci professori di diritto costituzionale, penale e processuale penale, inviato al Capo dello Stato prima dell’approvazione della legge n. 3/2019, in cui si denunciavano possibili vizi di incostituzionalità ex artt. 24, 27 commi 2 e 3, 111 comma 2 Cost. e 6 parr. 1 e 2 CEDU: AA.VV., *Controriforma della prescrizione: l’appello dell’Accademia e dei Penalisti italiani al Presidente della Repubblica*, in *www.camerepenali.it*, 19 dicembre 2018.

¹¹⁶ Della medesima opinione è MONGILLO, Vincenzo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, cit., p. 1003.

¹¹⁷ Soprattutto per i reati di caratura medio-bassa, per i quali, non essendovi imputati sottoposti a custodia cautelare, non ci sono neppure i relativi termini massimi di durata come deterrenti.

nelle indagini preliminari, per il giudice dell'udienza preliminare e per il giudice di primo grado, consapevoli di poter impiegare l'intera durata prescrizione per indagini, udienza preliminare e primo grado¹¹⁸). Ciò accadrà spesso per quei reati di minor allarme sociale e privi di risonanza mediatica (l'attenzione dei *mass media* può essere infatti un altro pungolo per l'organo giudicante), ma comunque coinvolgenti interessi fondamentali per il singolo imputato, presunto innocente. Che il termine di prescrizione possa costituire un incentivo per l'autorità giudiziaria a procedere celermente è intuibile: una possibile concausa del maggiore *disposition time* presso il tribunale collegiale rispetto a quello monocratico¹¹⁹ può essere proprio rappresentata dalla presenza di termini prescrizionali più lunghi, oltre ovviamente a una particolare complessità delle questioni. Sarebbe fuorviante ritenere di compensare *sic et simpliciter* tali rilevanti controindicazioni con la previsione di un possibile mutamento nelle scelte difensive correlato al venir meno della possibilità di raggiungere la prescrizione del reato¹²⁰. Tale osservazione parte da un dato qualitativo e statisticamente indimostrato, cioè la pretestuosità delle ragioni che sorreggono un'indefinita percentuale di appelli e di opzioni difensive. Essa non considera neppure che le scelte dilatorie funzionali a raggiungere la prescrizione non sono sempre così appetibili per l'imputato, producendo rilevanti effetti indesiderati: una dilatazione temporale del procedimento, pur non garantendo di per sé il raggiungimento della prescrizione, comporta di converso un prolungato carico di sofferenze per il medesimo, oltre a possibili problemi concreti

¹¹⁸ UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE, *Appello agli onorevoli Senatori e Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro della Giustizia*, in www.aipdp.it, 2 dicembre 2019.

¹¹⁹ V. *supra*, par. 2.

¹²⁰ Una parte della dottrina ritiene che il decorso della prescrizione dopo la sentenza di primo grado possa scoraggiare l'accesso ai riti premiali ed incentivare gli appelli dilatori: v., per tutti, GATTA, Gian Luigi, *Audizione informale del Prof. Gian Luigi Gatta (Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano, Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria") nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1189 Governo "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici"*, Camera dei Deputati - Commissioni riunite Giustizia e Affari Costituzionali, 12 novembre 2018, p. 9 s.

in altri àmbiti della vita, ad esempio sul lavoro¹²¹. Non vi è ragione di ritenere che il carattere dilatorio di alcune scelte difensive rivesta un peso maggiore nella durata dei procedimenti rispetto al summenzionato venir meno dell'effetto acceleratorio dei termini prescrizionali sull'operato dell'autorità giudiziaria, altro dato difficilmente quantificabile da un punto di vista numerico¹²². Inoltre, un appello pretestuoso non necessita in genere né di un esame particolarmente complesso né, ove presentato dal difensore dell'imputato, di alcuna rinnovazione probatoria ai sensi dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p.: l'impatto complessivo di possibili appelli dilatori dovrebbe quindi risultare ridotto.

Interessante è anche l'analisi dei dati distrettuali sulla prescrizione, molto eterogenei tra loro¹²³.

¹²¹ Il procedimento penale comparirebbe infatti per anni nel certificato dei carichi pendenti, richiesto da numerosi datori di lavoro.

Si rinuncerebbe poi all'eventuale estinzione del reato spesso conseguente ai riti premiali e, qualora non si raggiungesse la prescrizione e si venisse condannati, interverrebbe con molto ritardo l'estinzione del reato successiva alla sospensione condizionale della pena.

¹²² Secondo FLICK, Giovanni Maria, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, cit., p. 901, è difficile comprendere se la "responsabilità" della lunghezza dei procedimenti sia maggiormente ascrivibile agli avvocati oppure ai magistrati e alle carenze organizzative, considerati altresì i dati statistici sulla durata, molto eterogenei tra i vari uffici giudiziari. Di conseguenza, prosegue l'A., «è infondato e ingiustificato il clichè ampiamente ed artatamente diffuso della responsabilità prevalente dell'imputato – soprattutto se dotato di mezzi economici – e del suo difensore nell'allungare a dismisura i tempi di prescrizione con le proprie iniziative», a fortiori in quanto queste ultime sono state man mano inquadrate tra le cause di sospensione della prescrizione. V. altresì BRONZO, Pasquale, *La prescrizione del reato sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Sist. pen.*, 29 luglio 2020, secondo cui è ormai chiaro che l'irragionevole durata dei processi «non dipende, se non in casi eccezionali, dalle *chicane* difensive»; MONGILLO, Vincenzo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, cit., p. 1003.

¹²³ Per le statistiche seguenti, v. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA (DG-STAT), *Statistiche giudiziarie. Area penale*, cit.

Nel 2019, su 15.794 processi definiti presso la Corte d'appello di Roma¹²⁴, se ne concludono ben 7.589 con sentenza di non doversi procedere per prescrizione, cioè il 48,05%. Nello stesso periodo, la Corte d'appello di Napoli definisce 9.854 processi, di cui 2.964 per prescrizione, cioè il 30,08%; quella di Bologna ne termina complessivamente 8.440, di cui 2.984 per prescrizione, cioè il 35,36%; la Corte d'appello di Firenze ne definisce in tal modo 2.380 su 7.395 (il 32,18%) e quella di Venezia 2.041 su 5.240 (il 38,95%). In totale, le prescrizioni dichiarate in secondo grado nei distretti di Roma, Napoli, Bologna, Firenze e Venezia sono 17.958, cioè il 60,41% di quelle pronunciate in appello a livello nazionale nel 2019, benché i processi definiti da queste Corti siano 38.518 su 115.130 (il 33,46%): cinque sedi su ventisei accumulano quindi sei sentenze di prescrizione su dieci, pur definendo soltanto tre processi su dieci. Il 25,53% delle prescrizioni in secondo grado, poi, sono pronunciate nel distretto di Roma; tuttavia, solo il 13,72% degli appelli conclusi nel nostro Paese è definito da questa Corte d'appello. Ciò non significa che le sedi maggiori siano necessariamente destinate all'inefficienza: nel 2019, presso la Corte d'appello di Milano, le sentenze di estinzione del reato per prescrizione sono 394 su 8.872, cioè soltanto il 4,44%, mentre a Torino sono 1.696 su 8.387, cioè il 20,22%¹²⁵.

Le differenze a livello locale sono evidenti, nonostante l'uniforme disciplina a livello nazionale: se ne può desumere che il problema non stia tanto nella normativa della prescrizione in sé, come configurata dalla (seppur problematica) legge n. 251/2005, ancor oggi operante per i reati commessi fino al 3 agosto 2017¹²⁶, ma in un'organizzazione poco efficiente di alcuni uffici, per carenza di personale o per altri

¹²⁴ I dati che seguono ricomprendono anche i valori relativi alla Corte d'assise d'appello e alla sezione minorile, i cui numeri sono tuttavia pressoché trascurabili.

¹²⁵ Il dato, in poco tempo, è aumentato per la Corte d'appello di Bologna, che nel 2016 contava soltanto il 18,6% di prescrizioni, ed è diminuito per quella di Torino, che nel 2016 ne annoverava addirittura il 40,33%.

¹²⁶ Gli effetti diretti delle novelle del 2017 e del 2019 si potranno osservare gradualmente a distanza di quattro/otto anni, cioè quando inizieranno a maturare i relativi termini di prescrizione, considerate anche le interruzioni e le sospensioni. Per alcuni delitti con termini prescrizionali più lunghi, i tempi saranno maggiori. Prima di quel momento, possono valutarsi soltanto

fattori¹²⁷. La sospensione “perpetua” della prescrizione in appello non farà che accrescere il divario tra gli uffici meglio organizzati e quelli peggio organizzati, con la conseguenza di provocare, in questi ultimi, processi dai tempi estremamente dilatati¹²⁸. In assenza di correttivi idonei, l’alternativa a questa incontrollata dilatazione temporale sarebbe ugualmente inquietante: le corti, ancor più oberate di lavoro e mosse dall’intento di velocizzare il processo, potrebbero essere indotte a dar vita, con frequenza sempre maggiore, a prassi perverse più o meno nascoste volte a svilire il contraddittorio in nome dell’efficienza, snaturando l’appello e trasformandolo in una sorta di “ratifica cartolare” del primo grado¹²⁹.

possibili variazioni nei comportamenti del giudice, del pubblico ministero e della difesa.

¹²⁷ Alle medesime conclusioni, partendo dalla disomogeneità dei dati territoriali relativi al 2016, si giungeva in PASCUCCI, Nicola, *Azione penale e durata dei procedimenti in Italia e in Europa: alcune osservazioni “dati alla mano”*, cit., p. 35 s. V. altresì FLICK, Giovanni Maria, *Dall’oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, cit., p. 901.

¹²⁸ In dottrina si è parlato, in modo colorito ma efficace, di «ergastolo processuale», che lede la ragionevole durata, la presunzione d’innocenza e il diritto alla prova: così FILIPPI, Leonardo, “*Se un processo diventa infinito*”: il commento di Leonardo Filippi, in www.unionesarda.it, 2 gennaio 2019.

¹²⁹ Già oggi vengono talvolta alla luce prassi devianti irrispettose del contraddittorio, sintomo di una concezione dell’appello non allineata ai valori costituzionali. Presso la Corte d’appello di Venezia – che, non a caso, è attualmente una delle corti d’appello più sovraccaricate di lavoro – sono state recentemente inviate per errore alcune sentenze ai difensori prima dell’udienza di discussione: tutte di rigetto, con tanto di determinazione delle spese in favore della parte civile e termine per la motivazione (anziché motivazione contestuale). Tale episodio, avvenuto a seguito di un disguido tecnico della cancelleria, ha portato alla luce la prassi nascosta di decidere l’esito del processo già prima dell’udienza, redigendo perfino la pronuncia. Questa prassi patologica è stata addirittura giustificata dal presidente di sezione, sulla base delle sue ricadute positive in termini di efficienza e della possibilità per il collegio di modificare l’esito a seguito della discussione: v. MUSCO, Simona, *Sentenze copia-incolla. Bonafede spedisce gli ispettori a Venezia*, in *Il Dubbio*, 16 luglio 2020, p. 5. L’Unione Camere Penali Italiane ha fin da subito stigmatizzato l’evento: UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE, *Lo svilimento del giudizio di appello. L’Unione con le Camere Penali del Veneto*, in www.camerepenali.it, 15 luglio 2020.

7. SEGUE: LA CORTE DI CASSAZIONE.

In Corte di cassazione, i procedimenti pendenti sono in calo: da 35.984 nel 2015 sono passati, di anno in anno, a 30.354, 30.236, 24.609 e 23.579¹³⁰. Dal 2016, i processi definiti superano quelli iscritti. Sono in calo dal 2016 anche i tempi di durata media, calcolati dall'iscrizione in cancelleria all'udienza: nel 2015 erano di 219 giorni, per poi passare a 240 nel 2016 e successivamente decrescere a 200, 180 e 167¹³¹. L'incidenza della prescrizione del reato resta trascurabile: 678 procedimenti così definiti nel 2015 (1,2% sul totale dei processi conclusi in sede di legittimità), 768 nel 2016 (1,4%), 660 nel 2017 (1,2%), 646 nel 2018 (1,1%) e 861 nel 2019 (1,7%)¹³². Si tratta spesso di processi che giungono già estinti all'attenzione del giudice nomofilattico, necessitando solo della formale dichiarazione¹³³.

Per comprendere le conseguenze sull'organo di legittimità della legge n. 3/2019, non occorre tuttavia soffermarsi sulle esigue percentuali di prescrizione davanti alla Suprema Corte, ma è necessario considerare i potenziali ricorsi contro le decisioni in appello per reati che, secondo la previgente disciplina, si sarebbero prescritti. Se non assistita da idonei correttivi, la legge n. 3/2019 determinerà dunque conseguenze preoccupanti anche nel grado di legittimità, con un aumento stimato di circa 25.000 procedimenti all'anno, pari al 50% dell'attuale carico di lavoro¹³⁴.

¹³⁰ Fonte: MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA, *Monitoraggio della giustizia penale - anni 2003 - I trimestre 2020*, cit.

¹³¹ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale - Annuario statistico 2019. Periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*, cit., p. 2, 27.

¹³² Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale - Annuario statistico 2019. Periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*, cit., p. 30.

¹³³ In tal senso, Giovanni Canzio, intervistato da Giovanni Negri su *Il Sole 24 Ore*, 7 novembre 2018, p. 8.

¹³⁴ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 29 s.

Anche i dati attuali sull'efficienza processuale, all'apparenza molto positivi, devono essere però correttamente valutati.

La Cassazione dispone infatti di un improprio mezzo deflativo, che, per l'ampiezza con cui viene inteso, desta condivisibili perplessità¹³⁵: la declaratoria d'inammissibilità del ricorso. I procedimenti dichiarati inammissibili nel 2019 sono addirittura 34.850 su 51.420, pari al 67,8%, di cui 20.823 provenienti dalla settima sezione e 14.027 dalle altre¹³⁶.

Si ha la sensazione che la Suprema Corte si serva talvolta di tale strumento per evitare di dichiarare prescritto il reato, variando caso per caso il perimetro della "manifesta infondatezza"¹³⁷. L'infondatezza "manifesta" è infatti una causa d'inammissibilità dai contorni molto sfumati, essendo praticamente impossibile stabilire *a priori* il confine tra un ricorso infondato e uno "manifestamente" infondato. Vi è quindi il pericolo, in assenza di un maggiore *self restraint* della Corte, di frustrare l'effettività dell'art. 111 comma 7 Cost. e la funzione nomofilattica della medesima in nome della speditezza processuale, innalzato indebitamente a valore prioritario¹³⁸.

La predetta riforma della prescrizione, aumentando il carico di lavoro della Suprema Corte, potrebbe aggravare la situazione anche da questo punto di vista, inducendo quest'ultima a restringere ulteriormente le maglie del giudizio d'inammissibilità per manifesta infondatezza.

¹³⁵ ALONZI, Fabio - MANNA, Adelmo (a cura di), *Considerazioni sui "numeri" della Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2019, p. 5 ss.

¹³⁶ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale - Annuario statistico 2019. Periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*, cit., p. 14 s.

¹³⁷ MACCHIA, Alberto, *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, cit., p. 9; ALONZI, Fabio - MANNA, Adelmo (a cura di), *Considerazioni sui "numeri" della Cassazione*, cit., p. 7. Similmente, FLICK, Giovanni Maria, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, cit., p. 908.

¹³⁸ ALONZI, Fabio - MANNA, Adelmo (a cura di), *Considerazioni sui "numeri" della Cassazione*, cit., p. 6 s. Rileva criticità nella sottile distinzione tra manifesta infondatezza e semplice infondatezza, dovendosi evitare una «eccessiva discrezionalità nella declaratoria di inammissibilità» MAZZA, Oliviero, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 4.

Le modifiche all'art. 610 c.p.p. ad opera della legge n. 103/2017 hanno poi favorito le più celeri dichiarazioni d'inammissibilità *de plano*: i procedimenti definiti «senza formalità» sono passati dallo 0,5% del 2017 al 9,2% del 2019¹³⁹. Un'altra preoccupante prassi è quella di invitare i difensori a «riportarsi ai motivi», sintomo di una malintesa nozione di efficienza processuale, incentivata al punto da far erroneamente ritenere ultronee le garanzie del contraddittorio e dell'oralità¹⁴⁰.

8. COSA FARE? CONSIDERAZIONI FINALI E PROSPETTIVE DI RIFORMA.

Tralasciando ogni considerazione sul diritto di difesa e sul contraddittorio nella formazione della prova, i quali meritano un'autonoma ed approfondita disamina che non può fondarsi su basi statistiche e misurabili¹⁴¹, ci si soffermerà sull'efficienza e sulla durata dei procedimenti. Il quadro generale presenta criticità, ma la situazione non può comunque definirsi emergenziale e sussistono pure segnali positivi, come il numero decrescente delle nuove notizie di reato e la diminuzione delle pendenze presso alcuni organi. Particolari difficoltà sono tuttavia riscontrabili presso il tribunale e, soprattutto, presso la corte d'appello.

Si è visto che problemi ulteriori scaturiscono da recenti modifiche legislative, adottate spesso in un'ottica repressiva senza considerare attentamente le ripercussioni sotto i profili dell'efficienza processuale e dei rapporti tra quest'ultima e le altre garanzie del giusto processo. Né si prefigurano all'orizzonte scenari più ottimistici, anche alla luce del nuovo disegno di legge delega per la riforma del procedimento penale, da poco presentato in Parlamento¹⁴².

¹³⁹ Fonte: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale - Annuario statistico 2019. Periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*, cit., p. 11. V. anche ALONZI, Fabio - MANNA, Adelmo (a cura di), *Considerazioni sui "numeri" della Cassazione*, cit., p. 4, 6.

¹⁴⁰ ALONZI, Fabio - MANNA, Adelmo (a cura di), *Considerazioni sui "numeri" della Cassazione*, cit., p. 5.

¹⁴¹ Sul punto, si rinvia integralmente alle riflessioni già formulate in PASCUCCI, Nicola, *Azione penale e durata dei procedimenti in Italia e in Europa: alcune osservazioni "dati alla mano"*, cit., p. 36 ss.

¹⁴² Disegno di legge C. 2435, intitolato «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti

Non è questa la sede per soffermarsi analiticamente su ogni aspetto da riformare. Si vogliono semplicemente tratteggiare, nei loro aspetti essenziali e alla luce della situazione concreta sopra delineata, alcune modifiche ottenibili in tempi relativamente brevi, per implementare la speditezza della giustizia penale italiana senza sacrificare le altre garanzie del giusto processo.

Gli interventi normativi prospettati riguardano la disciplina penale e soprattutto processuale penale, lasciando sullo sfondo sia le proposte di natura ordinamentale¹⁴³ e risarcitoria, sia quelle di carattere organizzativo, forse ancor più rilevanti: è del resto opinione diffusa che buona parte delle disfunzioni della giustizia penale riguardino appunto il reclutamento, la gestione e l'organizzazione del personale¹⁴⁴. Il completamento degli organici di magistrati e personale amministrativo rappresenta una *condicio sine qua non* per il buon andamento della giustizia¹⁴⁵, *a fortiori* se si considera che a fine 2019 risulta una consistente scopertura nelle piante

giudiziari pendenti presso le corti d'appello», presentato alla Camera dei Deputati il 13 marzo 2020 dal Ministro della Giustizia, il cui testo è disponibile sul sito istituzionale www.camera.it. Per un commento, si rinvia a GIALUZ, Mitja - DELLA TORRE, Jacopo, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 4, p. 145 ss. Si condividono le critiche espresse da FERRUA, Paolo, *La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma "Bonafede"*, cit., p. 978 ss., secondo cui tali modifiche non sarebbero idonee ad implementare l'efficienza processuale e si porrebbero pure in contrasto col sistema accusatorio, facendo ulteriormente arretrare il baricentro del processo verso la fase delle indagini (v. ad esempio la variazione della regola di giudizio nell'udienza preliminare, che rischia di instillare nel giudice del dibattimento un pregiudizio sulla colpevolezza dell'imputato, nonché l'ampliamento dell'art. 190-bis c.p.p. nell'ipotesi di variazione del collegio).

¹⁴³ Compresa la ricorrente proposta di separazione tra le carriere del giudice e del pubblico ministero, su cui non è possibile soffermarsi in questa sede e che necessiterebbe di un'articolata riflessione.

¹⁴⁴ FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 108 s.; BRONZO, Pasquale, *La prescrizione del reato sotto l'incubo della ragionevole durata*, cit.; MAZZA, Oliviero, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, cit. V. altresì, per alcune possibili soluzioni a problemi organizzativi, SCALFATI, Adolfo, *Processo penale, "ragionevole durata" e recenti proposte*, cit., p. 1311.

¹⁴⁵ Per tutti, CERESA GASTALDO, Massimo, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2011, p. 24.

organiche, pari al 9,83% per la magistratura e al 22,82% per il personale amministrativo¹⁴⁶. Sarebbe poi importante ampliare numericamente la magistratura onoraria e procedere a una sua riforma organica, in grado di garantirle condizioni economiche, assistenziali e previdenziali adeguate¹⁴⁷.

Occorre innanzitutto un'ulteriore depenalizzazione di carattere generale – seguita eventualmente dalla trasformazione di alcuni illeciti penali in illeciti civili – per restituire al diritto penale il suo fisiologico carattere di *extrema ratio*¹⁴⁸, restringendone così i confini in favore della responsabilità amministrativa e civile; nell'ambito del perimetro così rimodellato, sarebbe anche opportuno semplificare le fattispecie, riducendo il numero di reati¹⁴⁹. Sembrano inoltre opportuni la diminuzione dei limiti edittali di molte fattispecie (in modo da favorire l'accesso ad istituti quali la messa alla prova e la particolare tenuità) e l'estensione della procedibilità a querela¹⁵⁰, che dilaterrebbe pure la portata pratica

¹⁴⁶ I dati sono attinti da CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 30, 32. La relazione preannuncia nuovi concorsi per assumere 5.000 persone.

¹⁴⁷ Ritiene ad esempio che debba essere fatto un uso più ampio dei c.d. v.p.o. nelle procure, per implementarne la produttività, CERESA GASTALDO, Massimo, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, cit., p. 24.

¹⁴⁸ A favore di una «coraggiosa depenalizzazione» è MONGILLO, Vincenzo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1007. Definisce «timide» le più recenti depenalizzazioni STORTONI, Luigi, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 381. Analizzando la legge delega n. 67/2014, sulla base della quale sono stati emanati i d.lgs. n. 7/2016 e n. 8/2016 (ultimi interventi generali volti a ridurre l'area dell'illiceità penale), riteneva necessario più coraggio e razionalità SCALFATI, Adolfo, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 142 s., il quale proponeva ad esempio una selezione fondata sui beni giuridici, facendo arretrare la tutela penale ove non fosse più percepita come socialmente necessaria.

¹⁴⁹ È noto che il diritto penale sia ormai divenuto ipertrofico: v., per tutti, GIOSTRA, Glauco, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., p. 80; MONGILLO, Vincenzo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, cit., p. 1007.

¹⁵⁰ CERESA GASTALDO, Massimo, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, cit., p. 24; KOSTORIS, Roberto E., *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 881.

dell'art. 162-ter c.p., da poco introdotto¹⁵¹. Per potenziare la capacità deflativa della depenalizzazione e della rimodulazione sanzionatoria, dovrebbe prestarsi un'attenzione particolare, ove possibile, ai reati più diffusi, pur senza tralasciare le altre fattispecie¹⁵². Il furto è ad esempio il delitto più denunciato (e raggiunge altresì, in presenza di circostanze aggravanti, limiti edittali estremamente elevati, da rimeditare¹⁵³): si registrano 1.192.592 *notitiae criminis* nel 2018, pari al 50,28% delle denunce totali per delitti¹⁵⁴; considerando invece i soli procedimenti con “autore noto” (*rectius* con iscrizione di un indagato nel registro delle notizie di reato) nel 2018, le denunce per furto sono 70.255 su 573.533, cioè il 12,25%. Tale reato è numericamente consistente anche sotto il profilo delle sentenze definitive di condanna (33.217 persone condannate per furto nel 2017, pari al 15,99% dei soggetti condannati per delitti). Dopo i furti, i delitti che impegnano maggiormente la giustizia penale sono le minacce¹⁵⁵, le truffe e le frodi informatiche¹⁵⁶,

¹⁵¹ Non tutti sono d'accordo con l'implementazione di istituti come la particolare tenuità, la messa alla prova, la procedibilità a querela e le condotte riparatorie, considerati come un allontanamento dalla finalità accertativa del processo, attribuita costituzionalmente alla giurisdizione, e rappresentativi di un «modello di “privatizzazione”» della giustizia, che si limita a un'attività «di “ratifica” dell'accordo altrove compiuto»: così RICCIO, Giuseppe, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2019, n. 3, p. 14.

¹⁵² Per i dati che seguono sulla prevalenza dei delitti in Italia, v. ISTAT, *Banca Dati I.Stat*, cit. Le percentuali sono state elaborate autonomamente sulla base delle summenzionate statistiche, con approssimazione alla seconda cifra decimale.

¹⁵³ L'eccessiva entità delle pene crea talvolta situazioni paradossali che intasano la giustizia fino al grado di legittimità, come è accaduto nel caso del furto di una melanzana, qualificato come aggravato ex art. 625 c.p. in quanto l'ortaggio, trovandosi in un campo, è per sua natura esposto alla pubblica fede. La fattispecie consumata non rientra neppure nei limiti edittali della particolare tenuità: per alcune considerazioni, v. GATTA, Gian Luigi, *La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 4, p. 183 ss.

¹⁵⁴ Le contravvenzioni non sono ricomprese nelle statistiche fornite dall'ISTAT.

¹⁵⁵ Nel 2018, le minacce sono il 3,16% di tutte le *notitiae criminis* e il 7,92% di quelle con “autore noto”.

¹⁵⁶ Pari al 7,97% delle denunce totali e al 7,27% di quelle con “autore noto” nel 2018. I condannati con sentenza irrevocabile per truffa ammontano inoltre al 2,88% del totale nel 2017.

le lesioni dolose¹⁵⁷ e i delitti in materia di sostanze stupefacenti¹⁵⁸: su di essi occorre *in primis* focalizzare l'attenzione per valutare eventuali interventi normativi.

L'estinzione del reato per condotte riparatorie *ex art.* 162-*ter* c.p., poco valorizzata nella prassi¹⁵⁹, ha evidentemente bisogno di un supporto informativo, mediante l'introduzione di obblighi di avvertimento sia al momento dell'esercizio dell'azione penale sia prima dell'apertura del dibattimento.

Sarebbe opportuno estendere la portata della non punibilità per particolare tenuità del fatto *ex art.* 131-*bis* c.p. al fine di potenziarne l'efficacia deflativa¹⁶⁰, introducendo ad esempio un comma 1-*bis* nell'*art.* 131-*bis* c.p. che elenchi specifiche fattispecie cui rendere applicabile l'istituto, ulteriori rispetto a quelle ricomprese nei limiti edittali del comma 1¹⁶¹. In relazione alla causa di improcedibilità per particolare tenuità dinanzi al giudice di pace *ex art.* 34 d.lgs. n. 274/2000, potrebbero abrogarsi le previsioni che la subordinano alla mancata opposizione della persona offesa o all'assenza, durante le indagini, di un interesse di quest'ultima alla prosecuzione del procedimento.

In relazione alla prescrizione del reato, si è già osservato come le recenti riforme, in assenza di idonee soluzioni compensative, rischino di provocare rilevanti riflessi negativi sulla durata dei procedimenti, che la nostra giustizia penale, già sovraccarica, non può permettersi. Questo istituto sostanziale è stato più volte modificato rendendone man mano

¹⁵⁷ Pari al 2,76% delle denunce totali e al 7,26% di quelle con "autore noto" nel 2018. I condannati con sentenza irrevocabile per lesioni dolose sono inoltre il 3,85% del totale nel 2017.

¹⁵⁸ Pari all'1,70% delle denunce totali e al 6,87% di quelle con "autore noto" nel 2018. I condannati con sentenza irrevocabile per delitti in materia di stupefacenti sono inoltre l'11,82% del totale nel 2017.

¹⁵⁹ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 37.

¹⁶⁰ L'istituto è infatti utilizzato in modo crescente, ma si riscontra un «modesto impatto sul numero dei procedimenti sopravvenuti»: CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 37.

¹⁶¹ BORGNA, Paolo, *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della "pan-penalizzazione"*, in www.questionegiustizia.it, 31 ottobre 2019.

più complessa la fisionomia, con l'effetto – fin da prima delle novelle del 2017 e del 2019 – di stabilire termini minimi di prescrizione piuttosto lunghi in relazione a reati di scarso allarme sociale¹⁶². Sono state avanzate diverse ipotesi *de iure condendo*¹⁶³: nessuna di esse è però venuta alla luce. Sarebbe utopistico, tenuto conto della storia recente, tentare ampie e articolate riforme della prescrizione in tempi brevi: sul tema il legislatore è costante nel privilegiare interpolazioni della trama normativa esistente anziché azioni più impegnative. Tuttavia il tempo stringe: per scongiurare gli effetti negativi che produrranno le novelle del 2017 e del 2019 una volta entrate “a regime”, sarebbe forse più agevole e veloce ripristinare *in toto* una disciplina già sperimentata in passato e perciò prevedibile negli effetti, coi correttivi strettamente necessari per adeguarsi ai dettami della Corte costituzionale¹⁶⁴. La soluzione più lineare finora storicamente adottata resta quella del legislatore del 1930, che suddivideva le fattispecie in fasce sulla

¹⁶² Ci si riferisce alla legge n. 251/2005.

¹⁶³ V., per tutti, GATTA, Gian Luigi - GIOSTRA, Glauco, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sist. pen.*, 11 febbraio 2020; GIOSTRA, Glauco, *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2221 ss.; GIUNTA, Fausto - MICHELETTI, Dario, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giapichelli, Torino, 2003, p. 108 ss.; MAZZA, Oliviero, *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, cit.; PULITANÒ, Domenico, *Il nodo della prescrizione*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 1, p. 23 ss.; RICCIO, Giuseppe, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, cit., p. 17; VIGANÒ, Francesco, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, n. 3, p. 18 ss. V. anche *Indagine conoscitiva in merito all'esame delle proposte di legge C. 1174 Colletti, C. 1528 Mazziotti Di Celso e C. 2150 Ferranti, recanti «Modifiche al codice penale in materia di prescrizione dei reati»*, in *Commissione II Giustizia - Resoconto stenografico - Indagine conoscitiva, seduta di mercoledì 19 novembre 2014*, reperibile in *documenti.camera.it*, in cui il Prof. Glauco Giostra, il Prof. Tullio Padovani, l'Avv. Beniamino Migliucci (Presidente dell'Unione Camere Penali Italiane) e il Dott. Rodolfo Maria Sabelli (Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati) enunciano le loro posizioni in merito alle proposte di legge allora presentate in materia di prescrizione.

¹⁶⁴ Alcune disposizioni preventigenti erano state infatti ritenute incostituzionali. Per evitare di reintrodurre norme illegittime, occorre tener presenti le passate pronunce della Consulta, come ad esempio Corte cost., sent. 31 maggio 1990, n. 275, in *Gazz. uff.*, 1^a serie speciale, n. 23 del 6 giugno 1990, p. 13

base dei limiti edittali, senza termini minimi né incrementi per tipologie di reato, i quali finiscono per creare sperequazioni tra le fattispecie. Una prescrizione dipendente dalla fascia edittale in cui è inserito il reato e non correlata *sic et simpliciter* al massimo di pena astrattamente previsto, come accade invece con la legge n. 251/2005, ha il pregio di limitare i legami tra riforme di parte speciale¹⁶⁵ e prescrizione del reato¹⁶⁶. In quest'ottica, l'opzione più immediata consisterebbe nel riportare le cause di sospensione e di interruzione al testo del 1989, adattato al nuovo codice di procedura penale¹⁶⁷. Solo una volta ripristinata celermente la pregressa disciplina della prescrizione, evitando così le gravi conseguenze pratiche derivanti dalle leggi n. 103/2017 e soprattutto n. 3/2019, potrebbe discutersi serenamente di modifiche più ampie e impegnative.

Dal punto di vista processuale, si auspica l'introduzione di un vero e proprio processo penale telematico (p.p.t.) sulla falsariga di quello civile, evitando mortificazioni del contraddittorio e dell'immediatezza. Negli ultimi anni il legislatore pare invece indirizzarsi sulla via di una malintesa informatizzazione: allargare le maglie della partecipazione al dibattimento e dell'esame a distanza *ex art. 146-bis c.p.p.*¹⁶⁸ non significa

ss., che aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'originario art. 157 c.p. nella parte in cui non prevedeva la possibilità di rinunciare alla prescrizione.

¹⁶⁵ Evitando compulsivi ritocchi al rialzo delle sanzioni. Sull'«aumento stratosferico delle pene per impedire che un reato venga prescritto, come fa la Spazzacorrotti», cioè la legge n. 3/2019, v. FLICK, Giovanni Maria, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, cit., p. 905.

¹⁶⁶ Per questa ragione, considera preferibile il sistema originario del codice Rocco rispetto a quello della legge n. 251/2005 PULITANO, Domenico, *Il nodo della prescrizione*, cit., p. 23. L'A. ritiene necessario tornare al sistema «per fasce di gravità di tipi di reato», essendo «più organico, più maneggevole nelle applicazioni, meno instabile, meglio controllabile». Il medesimo osserva che nemmeno il sistema del 1930 era totalmente indipendente dalle scelte del legislatore di parte speciale, ma, «affidando al legislatore di parte generale la determinazione di termini di prescrizione ritenuti congrui con riguardo alla natura e gravità dei reati delle diverse fasce, assicura l'autonomia assiologica delle scelte in materia di prescrizione». Propone di ripristinare una «differenziazione dei termini per fasce di gravità dei reati» MONGILLO, Vincenzo, *Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo*, cit., p. 1006.

¹⁶⁷ L'art. 239 disp. att. c.p.p. aveva infatti sostituito l'art. 160 comma 2 c.p.

¹⁶⁸ Come ha fatto la legge n. 103/2017.

implementare il processo penale telematico, ma affievolire i suddetti principi, poiché una partecipazione da remoto – e *a fortiori* un esame – non sono mai equiparabili alle correlative attività *de visu*¹⁶⁹. Le differenze sono molte: oltre ai frequenti problemi nella qualità dell’audio e del video e alle difficoltà nell’instaurare e nel mantenere il collegamento, è comunque pressoché impossibile cogliere, durante un esame a distanza, tutte le intonazioni dell’eloquio e le componenti del linguaggio non verbale del soggetto. Questo tipo di informatizzazione tradisce una scarsa considerazione per il contraddittorio, l’oralità e l’immediatezza. Purtroppo, l’attuale pandemia da Covid-19 ha indotto il legislatore a consentire in via eccezionale un uso ancora più ampio di tali modalità¹⁷⁰. D’altro canto, la crisi epidemiologica è stata anche l’occasione per “muovere i primi passi” nel processo telematico correttamente inteso, implementando l’uso degli strumenti tecnologici per il deposito di istanze, documenti e memorie difensive *ex art. 415-bis c.p.p.*¹⁷¹. Tuttavia, il percorso per l’attuazione del processo penale telematico è appena iniziato e sarà necessario un maggiore impegno non solo del legislatore, ma anche degli operatori giuridici, talvolta riluttanti ai cambiamenti¹⁷².

¹⁶⁹ Come osserva anche l’ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Prime indicazioni per una riforma sistematica del processo penale*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2019, n. 1, p. 13.

¹⁷⁰ L’art. 83 comma 12-*bis* decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, ha previsto la possibilità di celebrare le udienze da remoto, purché – afferma la legge – siano salvaguardati «il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti».

¹⁷¹ V. l’art. 83 comma 12-*quater*.1 decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, come ulteriormente modificato dall’art. 3 comma 2 lett. *f*, decreto legge 30 aprile 2020, n. 28. Il primo ufficio giudiziario abilitato agli invii telematici ai sensi delle predette disposizioni è stata la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, tramite decreto del Ministro della Giustizia 9 giugno 2020, pubblicato in *Gazz. uff.*, 11 giugno 2020, n. 147.

Pure diversi uffici giudiziari si sono adoperati in questo senso, approvando protocolli per il periodo di emergenza che consentono invii tramite pec.

Oggi si è anche diffusa la possibilità, presso alcuni uffici, di ricevere telematicamente le copie di determinati atti previo pagamento da remoto dei diritti, mediante il sistema PagoPA.

¹⁷² Un esempio di questa ritrosia è l’atteggiamento della giurisprudenza penale nei confronti della posta elettronica certificata. Benché il d.p.r. 11 febbraio

Altre soluzioni per decongestionare la giustizia penale riguardano i riti speciali¹⁷³: oltre alla necessità di ripristinare la precedente disciplina sull'accesso al giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, sarebbe opportuno rimodulare i limiti edittali di pena *ex art. 168-bis* comma 1 c.p. al fine di ampliare l'accesso al *probation*. Per rendere più appetibile quest'ultimo procedimento, si potrebbe prevedere la cancellazione dal casellario dell'ordinanza di ammissione e della sentenza di estinzione del reato dopo dieci anni, limitando l'impossibilità di una seconda richiesta al medesimo lasso temporale. Anche nel patteggiamento occorrerebbe un innalzamento dei limiti edittali di pena per l'accesso al rito¹⁷⁴, valutando altresì l'opportunità di circoscrivere la portata degli artt. 444 commi 1-*bis* e 1-*ter* c.p.p.¹⁷⁵. Del resto, negli ordinamenti accusatori anglosassoni il patteggiamento è uno strumento molto diffuso di definizione del processo¹⁷⁶. Potrebbe pure prendersi in esame, come recentemente prospettato¹⁷⁷,

2005, n. 68 la equipari alla raccomandata con ricevuta di ritorno, la Suprema Corte ritiene ad esempio inammissibile l'impugnazione proposta mediante pec, in quanto non contemplata dall'art. 583 c.p.p., le cui modalità di presentazione sono considerate tassative: v., *ex multis*, Cass., sez. III, 13 aprile 2018, n. 38411, in *Banca Dati DeJure*; Cass., sez. VI, 5 dicembre 2017, n. 55444, in *Banca Dati DeJure*; Cass., sez. V, 5 marzo 2015, n. 24332, in *Banca Dati DeJure*.

¹⁷³ Secondo FLICK, Giovanni Maria, *Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione*, cit., p. 904 s., sarebbe addirittura necessaria una «revisione *ab imis* di tutto il sistema dei procedimenti speciali».

¹⁷⁴ L'art. 4 comma 1 lett. a n. 1 del predetto disegno di legge delega C. 2435, presentato alla Camera dei Deputati il 13 marzo 2020 dal Ministro della Giustizia, prevede un incremento da cinque ad otto anni.

¹⁷⁵ Il d.d.l. C. 2435, al contrario, prescrive un aumento delle ipotesi derogatorie, relativo ai casi in cui la pena è compresa da cinque ad otto anni (art. 4 comma 1 lett. a n. 2).

¹⁷⁶ Secondo GRANDE, Elisabetta, *Perché la prescrizione non crea problemi negli Usa?*, in www.questionegiustizia.it, 31 gennaio 2019, la maggioranza dei processi statunitensi, con punte del 99%, è definita mediante patteggiamento (*plea bargain*). L'A., tuttavia, critica aspramente tale prassi, poiché «segna il definitivo abbandono della ricerca di una verità, quale che sia». In ogni caso, la riforma sopra prospettata non condurrebbe il sistema verso simili eccessi, ma incrementerebbe in modo ragionevole l'utilizzo di tale istituto.

¹⁷⁷ V. il primo dei c.d. «32 punti» per la riforma del processo penale (reperibili in calce a CONSIGLIO DELLE CAMERE PENALI, *Lettera Unione Camere Penali*,

l'estensione dell'oblazione ai delitti puniti con pena pecuniaria o con pena alternativa, previa valutazione dell'impatto complessivo della modifica¹⁷⁸.

Le suddette riforme dei riti speciali rivitalizzerebbero in parte anche la funzione dell'udienza preliminare, che altrimenti, considerata attualmente la sua scarsa efficacia di "filtro"¹⁷⁹ e l'inevitabile dilatazione temporale che comporta, rischia di produrre più effetti indesiderati che benefici¹⁸⁰. Rivitalizzazione che potrebbe essere corroborata da una «cura dimagrante», attraverso l'ampliamento dei reati per cui si procede con citazione diretta a giudizio, la semplificazione della motivazione della sentenza di non luogo a procedere e l'abolizione dell'appello contro tale pronuncia¹⁸¹.

In secondo grado, parte della dottrina propone di ridurre il potere d'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento, non potendo intendersi il principio di parità tra le parti come specularità tra i loro rispettivi poteri ed essendo anzi fisiologica un'asimmetria in favore dell'imputato¹⁸². Per scongiurare il pericolo di una pronuncia

in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2019, n. 1), poi però non riproposto nel summenzionato d.d.l. C. 2435.

¹⁷⁸ Similmente, ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Documento del consiglio direttivo. Prime osservazioni sui trentadue punti della bozza di disegno di legge delega per la riforma del processo penale*, in *Arch. pen. - Riv. Web*, 2019, n. 1, p. 1.

¹⁷⁹ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 25.

¹⁸⁰ Ritengono addirittura che vada abolita DANIELE, Marcello, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 1, p. 131 ss.; GIALUZ, Mitja - DELLA TORRE, Jacopo, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, cit., p. 160 s., 200.

¹⁸¹ Detta «cura dimagrante» è prospettata da AMODIO, Ennio, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1272, il quale prospetta altresì la totale sottrazione della sentenza di non luogo a procedere al regime delle impugnazioni. Quest'ultima proposta non pare però di semplice e rapido accoglimento, implicando – come afferma lo stesso A. – una revisione costituzionale.

¹⁸² SCALFATI, Adolfo, *Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 133. V. altresì FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 237 ss., secondo cui il radicale divieto di appellare le sentenze di proscioglimento dovrebbe inserirsi in

d'incostituzionalità, occorrerebbe tuttavia preservare l'appellabilità delle sentenze proscioglitive per i reati più gravi¹⁸³. Tale differenziazione tra fattispecie, seppur opinabile a causa della disparità che creerebbe tra di esse¹⁸⁴, pare tuttavia necessitata alla luce delle posizioni espresse dalla Consulta, intervenuta sul tema nel 2007¹⁸⁵.

Sarebbe inoltre auspicabile incentivare il concordato in appello¹⁸⁶, utile istituto deflativo reintrodotta dalla legge n. 103/2017 dopo essere stato abrogato nel 2008¹⁸⁷, il quale, pur non presentando finalità premiali¹⁸⁸, è stato indebitamente equiparato al patteggiamento allargato sotto il profilo

una più complessa rivisitazione delle impugnazioni, volta a perseguire la ragionevole durata del processo ed a ricalibrare le facoltà dell'imputato e della parte civile. Anche in assenza di una riforma più generale, l'introduzione del divieto *de quo* non potrebbe però ritenersi costituzionalmente illegittima.

¹⁸³ Ipotizza di ridurre l'appellabilità dei proscioglimenti da parte del p.m., in particolare «nei processi per reati meno gravi», SCALFATI, Adolfo, *Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie*, cit., p. 133.

¹⁸⁴ Dello stesso avviso è FERRUA, Paolo, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 241. Sarebbe infatti molto meno irragionevole vietare al p.m. di appellare ogni sentenza di proscioglimento senza distinzione tra i reati, ma la soluzione, già adottata in passato, è stata ritenuta illegittima da Corte cost., sent. 7 febbraio 2007, n. 26, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1883 ss.

¹⁸⁵ Corte cost., sent. 7 febbraio 2007, n. 26, cit. La legge n. 46/2006 aveva già eliminato tale potere d'appello in relazione a tutti i reati, ma la Corte l'ha ripristinato, dichiarando illegittimo *in parte qua* l'art. 593 c.p.p. riformato. La Consulta ha ritenuto censurabile la previsione anche per il fatto di essere «generalizzata», cioè non «riferita a talune categorie di reati», ma «estesa indistintamente a tutti i processi».

¹⁸⁶ Il cui utilizzo è definito «inferiore alle attese» da CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - MAMMONE, Giovanni, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., p. 38.

¹⁸⁷ Mediante decreto legge n. 92/2008, convertito con modifiche in legge n. 125/2008.

¹⁸⁸ V., *ex multis*, SPANGHER, Giorgio - MARANDOLA, Antonella, *Concordato in appello: basta equivoci*, in *ilpenalista.it*, 21 agosto 2017, p. 3. Il relazione all'omologo istituto abrogato nel 2008, CATALANO, Elena Maria, *L'accordo sui motivi di appello*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 112. Per ulteriori riferimenti bibliografici, v., *si vis*, PASCUCCI, Nicola, *Il ritorno del concordato sui motivi di appello, tra esigenze processuali e timori di malfunzionamento*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 11, p. 36, 42.

delle esclusioni oggettive¹⁸⁹. L'abrogazione dell'art. 599-bis comma 2 c.p.p. sarebbe quindi opportuna non solo per rivitalizzare l'istituto e favorirne così l'effetto deflativo, ma anche per evitare indebite sovrapposizioni concettuali tra patteggiamento e concordato.

Si tratta di rivisitazioni della disciplina sostanziale e processuale che parrebbero utili anche per limitare di riflesso il carico di lavoro del giudice nomofilattico, riducendo il numero di processi senza restringere le maglie della ricorribilità in cassazione¹⁹⁰.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Controriforma della prescrizione: l'appello dell'Accademia e dei Penalisti italiani al Presidente della Repubblica*. Disponibile in: www.camerepenali.it/cat/9615/controriforma_della_prescrizione_l'appello_dell'accademia_e_dei_penalisti_italiani_al_presidente_della_repubblica.html, 19 dicembre 2018. Accesso in: 26 luglio 2020.

AGHINA, Ernesto. *L'utilizzazione dei giudici onorari in tribunale dopo la riforma. Giustizia insieme*, 17 novembre 2018.

ALONZI, Fabio - MANNA, Adelmo (a cura di). *Considerazioni sui "numeri" della Cassazione. Diritto penale contemporaneo*, 21 giugno 2019.

AMODIO, Ennio. *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa. Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 93 ss.

¹⁸⁹ Sul punto, v. le osservazioni di BARGIS, Marta, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2015, p. 5, formulate durante l'iter di approvazione della legge n. 103/2017.

¹⁹⁰ Nel tempo sono state elaborate diverse proposte: v., ad esempio, la c.d. "Carta di Napoli", le cui soluzioni, poi in parte recepite dal legislatore (v. art. 613 comma 1 c.p.p.), miravano altresì a ridurre la legittimazione e il novero dei provvedimenti ricorribili: ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *La carta di Napoli. Per una riforma urgente del giudizio penale di cassazione*, in camerepenali.it (consultato il 25 luglio 2020). V. altresì MAZZA, Oliviero, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, cit., p. 1 ss.; SCALFATI, Adolfo, *Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie*, cit., p. 129 ss.

AMODIO, Ennio. La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo. *Cassazione penale*, 2003, p. 1419 ss.

AMODIO, Ennio. Ragionevole durata del processo, *abuse of process* e nuove esigenze di tutela dell'imputato. *Diritto penale e processo*, 2003, p. 797 ss.

AMODIO, Ennio. Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale. *Diritto penale e processo*, 2010, p. 1269 ss.

ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. Documento del consiglio direttivo. Prime osservazioni sui trentadue punti della bozza di disegno di legge delega per la riforma del processo penale. *Archivio penale - Rivista Web*, 2019, n. 1.

ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE "GIAN DOMENICO PISAPIA". Sulla proposta di modifica della disciplina della prescrizione. *Diritto penale contemporaneo*, 9 novembre 2018.

ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. *La carta di Napoli. Per una riforma urgente del giudizio penale di cassazione*. Disponibile in: camerepenali.it/public/file/Documenti/La%20Carta%20di%20Napoli.pdf. Accesso in: 25 luglio 2020.

ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. Prime indicazioni per una riforma sistematica del processo penale. *Archivio penale - Rivista Web*, 2019, n. 1.

BARGIS, Marta. I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla camera dei deputati. *Diritto penale contemporaneo*, 19 ottobre 2015.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene* (1764). Edizione a cura di BURGIO, Alberto, 6^a ed., Milano: Feltrinelli, 1998.

BORGNA, Paolo. *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della "pan-penalizzazione"*. Disponibile in: www.questionegiustizia.it/articolo/esercizio-obbligatorio-dell-azione-penale-nell-era-della-ldquopan-penalizzazione_rdquo_31-10-2019.php, 31 ottobre 2019. Accesso in: 4 agosto 2020.

BRACCIALINI, Roberto. *Magistratura onoraria: e adesso?* Disponibile in: www.questionegiustizia.it/articolo/magistratura-onoraria-e-adesso_11-05-2020.php, 11 maggio 2020. Accesso in: 27 luglio 2020.

BRONZO, Pasquale. La prescrizione del reato sotto l'incubo della ragionevole durata. *Sistema penale*, 29 luglio 2020.

BRUTI LIBERATI, Edmondo. *Audizione - Senato della Repubblica, 2ª Commissione, 12 febbraio 2019, Esame DDL n. 925 in materia di giudizio abbreviato*. Disponibile in: www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/001/207/DOTT._BRUTI_LIBERATI.pdf. Accesso in: 27 luglio 2020.

BUZZELLI, Silvia. § 10-15. In: BUZZELLI, Silvia - CASIRAGHI, Roberta - CASSIBBA, Fabio - CONCOLINO, Paola - PRESSACCO, Luca, Art. 6. Diritto a un equo processo. In: UBERTIS, Giulio - VIGANÒ, Francesco (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 143 ss.

CAPRIOLI, Francesco. Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive. *Cassazione penale*, 2012, p. 2444 ss.

CATALANO, Elena Maria. *L'accordo sui motivi di appello*. Milano: Giuffrè, 2001.

CERESA GASTALDO, Massimo. Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi. *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2011, n. 1, p. 21 ss.

CONSIGLIO DELLE CAMERE PENALI. Lettera Unione Camere Penali. *Archivio penale - Rivista Web*, 2019, n. 1.

CONSO, Giovanni. Introduzione. In: BARGIS, Marta (a cura di), *Compendio di procedura penale*. 9ª ed., Milano: CEDAM, 2018, p. LXXXV ss.

CONTI, Carlotta. La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi? *Diritto penale e processo*, 2018, p. 666 ss.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – MAMMONE, Giovanni. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*. Disponibile in: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20190125_RelazioneAG2018.pdf, 31 gennaio 2020. Accesso in: 28 giugno 2019.

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - UFFICIO DI STATISTICA. *La Cassazione penale - Annuario statistico 2019. Periodo 01/01/2019 - 31/12/2019*. Disponibile in: http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/La_Cassazione_penale_-_Annuario_statistico_2019.pdf, 16 gennaio 2020. Accesso in: 27 luglio 2020.

DANIELE, Marcello. L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio. *Sistema penale*, 2020, n. 1, p. 131 ss.

DE CARO, Agostino. La riforma della prescrizione e il complesso rapporto tra tempo, vicende della punizione e processo: le eccentriche soluzioni legislative e

le nuove proiezioni processuali sulla prescrizione dell'azione e l'estinzione del processo. *Archivio penale - Rivista Web*, 2020, n. 1.

DE CARO, Agostino. Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo. *Diritto penale e processo*, 2018, p. 1627 ss.

DE CARO, Agostino. Tempo, punizione e processo: le indubbe connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione. *Sistema penale*, 22 luglio 2020.

DOLCINI, Emilio. La pena ai tempi del diritto penale illiberale. *Diritto penale contemporaneo*, 22 maggio 2019.

FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3^a ed., Bologna: Zanichelli, 2012.

FERRUA, Paolo. Il sacrificio dell'oralità nel nome della ragionevole durata: i gratuiti suggerimenti della Corte costituzionale al legislatore. *Archivio penale - Rivista Web*, 2019, n. 2.

FERRUA, Paolo. La prescrizione del reato e l'insostenibile riforma "Bonafede". *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 978 ss.

FERRUA, Paolo. *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*. Disponibile in: www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/la-raagionevole-durata-del-processo-tra-costituzione-e-convenzione-europea_422.php. Accesso in: 27 luglio 2020.

FIANDACA, Giovanni - MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 8^a ed., Bologna: Zanichelli, 2019.

FILIPPI, Leonardo. "Se un processo diventa infinito": il commento di Leonardo Filippi. Disponibile in: www.unionesarda.it/articolo/news-sardegna/cagliari/2019/01/02/se-un-processo-diventa-infinito-il-commento-di-leonardo-filippi-136-817369.html, 2 gennaio 2019. Accesso in: 27 luglio 2020.

FLICK, Giovanni Maria. Dall'oblio alla memoria: o viceversa? Divagazioni sulla prescrizione. *Cassazione penale*, 2020, p. 894 ss.

GARUTI, Giulio. Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale. *Archivio penale - Rivista Web*, 2017, n. 3.

GATTA, Gian Luigi. *Audizione informale del Prof. Gian Luigi Gatta (Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano, Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria) nell'ambito dell'esame del disegno di legge C. 1189 Governo "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione*

e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”, Camera dei Deputati - Commissioni riunite Giustizia e Affari Costituzionali. Disponibile in: www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/000/461/Prof._Gatta.pdf, 12 novembre 2018. Accesso in: 27 luglio 2020.

GATTA, Gian Luigi. La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale. *Diritto penale contemporaneo*, 2018, n. 4, p. 183 ss.

GATTA, Gian Luigi. Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione. *Diritto penale contemporaneo*, 21 gennaio 2019.

GATTA, Gian Luigi - GIOSTRA, Glauco. Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo. *Sistema penale*, 11 febbraio 2020.

GIALUZ, Mitja - DELLA TORRE, Jacopo. Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo. *Sistema penale*, 2020, n. 4, p. 145 ss.

GIOSTRA, Glauco. Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali. *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 2221 ss.

GIOSTRA, Glauco. *Prima lezione sulla giustizia penale*. Bari-Roma: Laterza, 2020.

GIOSTRA, Glauco. Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione. *Sistema penale*, 13 gennaio 2020.

GIUNTA, Fausto - MICHELETTI, Dario. *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*. Torino: Giappichelli, 2003.

GRANDE, Elisabetta. *Perché la prescrizione non crea problemi negli Usa?* Disponibile in: www.questionegiustizia.it/articolo/perche-la-prescrizione-non-crea-problemi-negli-usa_31-01-2019.php, 31 gennaio 2019. Accesso in: 27 luglio 2020.

GREVI, Vittorio. *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*. Milano: Giuffrè, 2000.

GREVI, Vittorio. Il principio della «ragionevole durata» come garanzia oggettiva del «giusto processo» penale. *Cassazione penale*, 2003, p. 3204 ss.

GUALTIERI, Piero. Durata ragionevole del processo e persona offesa. *Diritto penale e processo*, 2012, p. 1008 ss.

ISTAT. *Banca Dati I.Stat.* Disponibile in: dati.istat.it/Index.aspx?DataSetCode=dcv_delittips. Accesso in: 8 luglio 2020.

KOSTORIS, Roberto E. Con il nuovo «patteggiamento allargato» il rischio di una gigantesca negoziazione. *Guida al diritto*, 2003, n. 25, p. 9 s.

KOSTORIS, Roberto E. La ragionevole durata del processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost. In: KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 3 ss.

KOSTORIS, Roberto E. Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale. *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 875 ss.

LAVARINI, Barbara. La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva. *La legislazione penale*, 31 dicembre 2019.

MACCHIA, Alberto. Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare. *Questione giustizia*, 2017, n. 1, p. 9 ss.

MARANDOLA, Antonella. La riforma del giudizio abbreviato: prime questioni applicative ed esegetiche della legge n. 33 del 2019. *Studium iuris*, 2019, p. 1428 s.

MARANDOLA, Antonella. Prescrizione, effetti collaterali e rimedi. *Sistema penale*, 23 luglio 2020.

MARANDOLA, Antonella. Prescrizione e processo: l'asistematicità dell'attuale disciplina. *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 987 ss.

MARZADURI, Enrico. In: CANZIO, Giovanni - MARZADURI, Enrico - SILVESTRI, Giovanni, Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo. *Criminalia*, 2008, p. 242 ss.

MAZZA, Oliviero. La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli). *Processo penale e giustizia*, 2014, n. 5, p. 1 ss.

MAZZA, Oliviero. La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale. *Sistema penale*, 21 gennaio 2020.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA (DG-STAT). *Statistiche giudiziarie. Area penale*. Disponibile in: webstat.giustizia.it/StatisticheGiudiziarie/penale/Area%20penale.aspx. Accesso in: 8 luglio 2020.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIPARTIMENTO DELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA, DEL PERSONALE E DEI SERVIZI - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA. *Monitoraggio della giustizia penale - anni 2003 - I trimestre 2020*. Disponibile in: www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1288006&previousPage=mg_1_14, 7 luglio 2020. Accesso in: 22 luglio 2020.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA E ANALISI ORGANIZZATIVA (DG-STAT). *La durata dei procedimenti civili. I principali indicatori a confronto. Anni 2012-2019*. Disponibile in: webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/La%20durata%20dei%20procedimenti%20civili.pdf. Accesso in: 8 luglio 2020.

MONGILLO, Vincenzo. Essere e dover essere della prescrizione penale tra diritti fondamentali e neopunitivismo. *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 996 ss.

MUSCO, Simona, Sentenze copia-incolla. Bonafede spedisce gli ispettori a Venezia. *Il Dubbio*, 16 luglio 2020, p. 5.

NACAR, Barbara. *I termini e la ragionevole durata del processo penale*. Torino: Giappichelli, 2012.

NAPPI, Aniello. Prescrizione e ragionevole durata del processo. *Giustizia insieme*, 23 marzo 2020.

ORLANDI, Renzo. Procedimenti speciali. In: BARGIS, Marta (a cura di), *Compendio di procedura penale*. 9ª ed., Milano: CEDAM, 2018, p. 639 ss.

PASCUCCI, Nicola. Azione penale e durata dei procedimenti in Italia e in Europa: alcune osservazioni “dati alla mano”. *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2019.

PASCUCCI, Nicola. Il ritorno del concordato sui motivi di appello, tra esigenze processuali e timori di malfunzionamento. *Diritto penale contemporaneo*, 2017, n. 11, p. 31 ss.

PILLONI, Raffaele. Giustizia penale negoziata e divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo. *Archivio penale - Rivista Web*, 2020, n. 1.

PREZIOSI, Stefano. Ergastolo e paradigma punitivo nel fuoco del giudizio abbreviato: linee di intersezione fra diritto e processo penale. *Diritto penale e processo*, 2020, p. 245 ss.

PULITANÒ, Domenico. Il nodo della prescrizione. *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2015, n. 1, p. 20 ss.

RICCIO, Giuseppe. La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne. *Archivio penale - Rivista Web*, 2019, n. 3.

RICCIO, Giuseppe. Note sulla ragionevole durata nel processo penale. *Cassazione penale*, 2011, p. 4524 ss.

SCALFATI, Adolfo. Fluidificare il procedimento in Cassazione: proposte concrete e non rivoluzionarie. *Diritto penale e processo*, 2015, p. 129 ss.

SCALFATI, Adolfo. La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla l. n. 67 del 2014. *Processo penale e giustizia*, 2014, n. 5, p. 141 ss.

SCALFATI, Adolfo. Processo penale, “ragionevole durata” e recenti proposte. *Cassazione penale*, 2015, p. 1309 ss.

SIRACUSANO, Fabrizio. La durata ragionevole del processo quale “metodo” della giurisdizione. *Diritto penale e processo*, 2003, p. 757 ss.

SPANGHER, Giorgio. *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*. Torino: Giappichelli, 2015.

SPANGHER, Giorgio - MARANDOLA, Antonella. Concordato in appello: basta equivoci. *Ilpenalista.it*, 21 agosto 2017.

SPANGHER, Giorgio. Un confronto senza pregiudizi sulla prescrizione. *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 971 ss.

SPANGHER, Giorgio. Esclusi dall’abbreviato i reati puniti con l’ergastolo (l. n. 33 del 2019). *Il processo*, 2019, n. 2, p. 489 ss.

STORTONI, Luigi. Il diritto penale sotto il segno dell’efficienza del sistema. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, p. 379 ss.

TONINI, Paolo. Disciplina della prova e durata ragionevole del processo penale. *Cassazione penale*, 2004, p. 332 ss.

UBERTIS, Giulio. Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 130 ss.

UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE. *Appello agli onorevoli Senatori e Deputati, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al Ministro della Giustizia*. Disponibile in: www.aipdp.it/allegato_news/167_2019_12_02_Documento_Appello_Ingiustizia_infinita.pdf, 2 dicembre 2019. Accesso in: 27 luglio 2020.

UNIONE CAMERE PENALI ITALIANE. *Lo svilimento del giudizio di appello. L’Unione con le Camere Penali del Veneto*. Disponibile in: www.camerepenali.it/

cat/10571/lo_svilimento_del_giudizio_di_appello_l'unione_con_le_camere_penali_del_veneto.html, 15 luglio 2020. Accesso in: 27 luglio 2020.

VALIANI, Teresa (a cura di). Ergastolo, stop all'abbreviato. Intervista al prof. Glauco Giostra. *Giustizia insieme*, 5 aprile 2019.

VIGANÒ, Francesco. Riflessioni *de lege lata e ferenda* su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo. *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2013, n. 3, p. 18 ss.

VIGONI, Daniela. Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo. *Diritto penale e processo*, 2019, p. 918 ss.

ZAPPULLA, Angelo. Le deroghe al rito ordinario nelle varie fasi del procedimento. In: ZAPPALÀ, Enzo (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*. 3^a ed., Torino: Giappichelli, 2019, p. 93 ss.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 04/08/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2020
- Avaliação 1: 26/08/2020
- Avaliação 2: 03/09/2020
- Avaliação 3: 07/09/2020
- Decisão editorial preliminar: 20/09/2020
- Retorno rodada de correções: 30/09/2020
- Decisão editorial final: 01/10/2020

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associada: 1 (BC)
- Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

PASCUCCI, Nicola. Durata ed efficienza dei procedimenti penali italiani. Riflessioni e proposte alla luce delle risultanze numeriche. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1445-1502, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.438>



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

The Dual Sovereignty Doctrine in the Case Law of the United States Supreme Court

La doctrina de la soberanía dual en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos

Javier Escobar Veas¹

Università Commerciale Luigi Bocconi, Milano, Italia

javier.escobar@mail.udp.cl

 <http://orcid.org/0000-0001-9266-0396>

ABSTRACT: Under the dual sovereignty doctrine the Supreme Court has accepted that different sovereigns may prosecute an individual for the same facts without violating the double jeopardy clause if the act of the individual infringed the laws of each sovereignty. This article aims to analyze the evolution of the dual sovereignty doctrine in the case law of the Supreme Court of the United States. Although the doctrine has been highly criticized by scholars, the Supreme Court has persistently upheld it. Besides, the article addresses the safeguards that currently exist against eventual abuses of the dual sovereignty doctrine, such as the “sham exception” and the “Petite Policy”. Finally, since the previous safeguards have been considered insufficient, the contribution briefly explores the possibility of applying the Eighth Amendment as an additional protection against eventual abuses committed under the dual sovereignty doctrine.

KEYWORDS: Double jeopardy; multiple prosecutions; dual sovereignty doctrine.

RESUMEN: *Bajo la doctrina de la soberanía dual, la Corte Suprema ha aceptado que diferentes soberanos persigan penalmente a la misma persona sin violar la cláusula double jeopardy por los mismos hechos si es que la conducta de*

¹ PhD Candidate in Legal Studies, Università Luigi Bocconi, Italy. LLM in Criminal Law, Universidad Diego Portales, Chile. Professor of Criminal Law, Universidad Mayor, Chile.

tal individuo infringió las leyes de cada soberano. El presente artículo tiene por objeto estudiar la evolución de la doctrina de la soberanía dual en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Además, el artículo aborda las protecciones actualmente existentes en contra de eventuales abusos que puedan ser cometidos bajo la doctrina de la soberanía dual, tales como la “sham exception” y la “Petite Policy”. Finalmente, y dado que las anteriores protecciones han sido consideradas insuficientes, el artículo explora brevemente la posibilidad de aplicar la Octava Enmienda como una protección adicional en contra de eventuales abusos que la aplicación de la doctrina de la soberanía dual pueda generar.

PALABRAS-CLAVE: *Ne bis in idem; persecuciones múltiples; doctrina de la soberanía dual.*

SUMMARY: Introduction; 1. The Evolution of the Dual Sovereignty Doctrine; 2. Definition of Sovereign for Double Jeopardy Purposes; 3. The Sham Exception; 4. The Petite Policy; 5. The Dual Sovereignty Doctrine After Gamble v. United States; Conclusions; Bibliography.

INTRODUCTION

The Fifth Amendment provision against double jeopardy is one of the basic protections afforded defendants by the United States Constitution.² The Fifth Amendment reads in part:

“Nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”.

The United States Constitution was the first major constitutional instrument to recognize the protection against double jeopardy, and was largely inspired by the operation in English law of what are referred to as pleas in bar.³ Even though the precise origins of the protection are

² SIGLER, Jay. Federal Double Jeopardy Policy, *Vanderbilt Law Review*, v. 19, n. 2, p. 375, 1966.

³ KOKLYS, Andrea. Second Chance for Justice: Reevaluation of the United States Double Jeopardy Standard, *John Marshall Law Review*, v. 40, n. 1, p.

unclear,⁴ there is no doubt that the double jeopardy possesses a long history.⁵ As Justice Black correctly affirmed, the protection against being tried twice for the same offense is one of the oldest ideas found in western civilization, which roots run deep into Greek and Roman times.⁶

The double jeopardy protection has been characterized as a fundamental right and as a “cardinal principle” that lies at the foundation of criminal law.⁷ In *Benton v. Maryland*, the United States Supreme Court affirmed that “the fundamental nature of the guarantee against double jeopardy can hardly be doubted”⁸

According to the Supreme Court, the double jeopardy clause provides three basic related protections: “It protects against a second prosecution for the same offense after acquittal. It protects against a second prosecution for the same offense after conviction. And it protects against multiple punishments for the same offense”.⁹

Notwithstanding the protections afforded by the clause seem to be quite broad, since the mid-19th century the Supreme Court has

379, 2006; SUMMERS, Brian. Double Jeopardy: Rethinking the Parameters of the Multiplicity Prohibition, *Ohio State Law Journal*, v. 56, n. 5, p. 1595, 1995.

⁴ For example, David Rudstein and Jay Sigler state that the Code of Hammurabi made no reference to double jeopardy clause. SIGLER, Jay. A History of Double Jeopardy, *American Journal of Legal History*, v. 7, n. 4, p. 284 (note 6), 1963; RUDSTEIN, David. A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee Against Double Jeopardy, *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 14, n. 1, p. 196, 2005. On the contrary, Thomas III affirms that “laws against changing a final judgment can be traced to the Code of Hammurabi”. THOMAS III, George, *Double Jeopardy. The History, the Law*, New York University Press, 1998, p. 1.

⁵ RUDSTEIN, David. A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee Against Double Jeopardy, *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 14, n. 1, p. 196, 2005.

⁶ *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121, 151-152 (1959) (Black, J., dissenting).

⁷ PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, p. 769, 2014.

⁸ *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784, 795 (1969).

⁹ *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 717 (1969). See also *United States v. Wilson*, 420 U.S. 332, 343 (1975); *Jones v. Thomas*, 491 U.S. 376, 380-381 (1989); *United States v. Dixon*, 509 U. S. 688, 696 (1993); *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267, 273 (1996).

developed the dual sovereignty doctrine, according to which different sovereigns may prosecute an individual without violating the double jeopardy clause if the act of the individual act infringed the laws of each sovereignty, even though the offenses contain identical elements.¹⁰

The Supreme Court has stated that the essence of the dual sovereignty doctrine is the common law conception of crime as an offense against the sovereignty of the government.¹¹ If a defendant in a single act violates the “peace and dignity” of two sovereigns by breaking the laws of each of them, hence he has committed two distinct offenses.¹²

Regarding its legal basis, the dual sovereignty doctrine was recognized to protect principles of federalism.¹³ As correctly indicated, behind the dual sovereignty debate there is a conflict between two legal principles: sovereignty and double jeopardy.¹⁴ The Supreme Court was

¹⁰ ADLER, Adam. Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem, *Yale Law Journal*, v. 124, n. 2, p. 450, 2014; WOODS, Christina. Comments: The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: An Unnecessary Loophole, *University of Baltimore Law Review*, v. 24, n. 1, pp. 177-178, 1994; MERKL, Taryn. The Federalization of Criminal Law and Double Jeopardy, *Columbia Human Rights Law Review*, v. 31, n. 1, p. 185, 1999.

¹¹ *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82, 88 (1985).

¹² *Heath v. Alabama*, 88; *United States v. Lanza*, 260 U. S. 377, 382 (1922); BRICKMAN, Jay. The Dual Sovereignty Doctrine and Successive State Prosecutions: *Health v. Alabama*, *Chicago-Kent Law Review*, v. 63, n. 1, p. 176, 1987; RUDSTEIN, David. *Double Jeopardy. A Reference Guide to the United States Constitution*, Praeger, p. 84, 2004; COLANGELO, Anthony. Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory, *Washington University Law Review*, v. 86, n. 4, p. 779, 2009; MCANINCH, William. Unfolding the Law of Double Jeopardy, *South Carolina Law Review*, v. 44, n. 3, pp. 424-425, 1993.

¹³ *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313, 320 (1978); CRANMAN, Erin. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right, *Emory International Law Review*, v. 14, n. 3, p. 1654, 2000; FISHER, Walter. Double Jeopardy, Two Sovereignities and the Intruding Constitution, *The University of Chicago Law Review*, v. 28, n. 4, p. 599, 1961.

¹⁴ OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 797, 2003.

concerned that an expansive reading of the double jeopardy clause would bar either the Federal Government or individual state governments from enforcing their respective criminal laws.¹⁵ As James King has pointed out, the dual sovereignty doctrine is partially based on the concern that “a contrary rule would allow one government to effectively nullify the other government’s law”.¹⁶

In addition, the Supreme Court has noted that the dual sovereignty doctrine would prevent an eventual racing of defendants to plead guilty in state court, thereby evading subsequent federal prosecution carrying larger penalties.¹⁷ In *United States v. Lanza*, the Court explained: “If a State were to punish the manufacture, transportation and sale of intoxicating liquor by small or nominal fines, the race of offenders to the courts of that State to plead guilty and secure immunity from federal prosecution for such acts would not make for respect for the federal statute or for its deterrent effect”.¹⁸

Although the dual sovereignty doctrine has been highly criticized by scholars, the Supreme Court has persistently upheld it. On 17 June 2019, the Supreme Court handed down its decision in *Gamble v. United States*,¹⁹ adding a new chapter to this history. In a 7-2 decision, the Court upheld once again its long-standing dual sovereignty doctrine under the double jeopardy clause.²⁰

¹⁵ PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, p. 773, 2014; CRANMAN, Erin. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right, *Emory International Law Review*, v. 14, n. 3, p. 1654, 2000.

¹⁶ KING, James. The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution, *Stanford Law Review*, v. 31, n. 3, p. 477, 1979.

¹⁷ OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 773, 2003.

¹⁸ *United States v. Lanza*, 385. See also *Heath v. Alabama*, 93.

¹⁹ *Gamble v. United States*, 587 U.S. ____ (2019).

²⁰ ESCOBAR, Javier. Double Jeopardy and Dual Sovereignty Doctrine: *Gamble v. United States*, *Revista de Derecho*, v. 20, n. 2, p. 227, 2019.

This article aims to analyze the evolution of the dual sovereignty doctrine in the case law of the Supreme Court of the United States. Although the doctrine has been highly criticized by scholars, the Supreme Court has persistently upheld it. Besides, the article addresses the safeguards that currently exist against eventual abuses of the dual sovereignty doctrine, such as the “sham exception” and the “Petite Policy”. Finally, since the previous safeguards have been considered insufficient, the contribution briefly explores the possibility of applying the Eighth Amendment as an additional protection against eventual abuses committed under the dual sovereignty doctrine.

1. THE EVOLUTION OF THE DUAL SOVEREIGNTY DOCTRINE

1.1. THE ANTEBELLUM CASES.

The Supreme Court has underlined that the dual sovereignty doctrine is consistent with its case law and respects the possibility that two sovereigns could have different interests “in punishing the same act”.²¹

The issue of successive federal and state prosecutions was addressed by the Supreme Court in three antebellum cases.

In *Fox v. Ohio*, decided in 1847, the Supreme Court condoned the possibility of concurrent criminal jurisdiction, and dismissed the argument of the defendant that under the double jeopardy clause “offences falling within the competency of different authorities to restrain or punish them would not properly be subjected to the consequences which those authorities might ordain and affix to their perpetration”.²² The Court observed that the nature of the crime or its effects on “public safety” might well demand separate prosecutions.²³

Three years later, in *United States v. Marigold*, the Supreme Court generalized the reasoning of *Fox*. The Court pointed out that with

²¹ *Gamble v. United States*, 5-6.

²² *Fox v. The State of Ohio*, 46 U.S. 410, 435 (1847); OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 771, 2003.

²³ *Fox v. The State of Ohio*, 435.

the view of avoiding conflicts between state and federal jurisdictions, in *Fox v. Ohio* it stated that “the same act might, as to its character and tendencies, and the consequences it involved, constitute an offence against both the State and Federal governments, and might draw to its commission the penalties denounced by either, as appropriate to its character in reference to each”.²⁴

Finally, in *Moore v. People of State of Illinois* the Supreme Court expanded its concern for the distinct interests of the different sovereigns. In this case, the Supreme Court affirmed that admitting that the defendant may be punished both under state and federal law does not mean that he would be punished twice for the same offence, since “an offence, in its legal signification, means the transgression of a law”.²⁵ The Court added that every citizen of the United States is also a citizen of a State, therefore he may be said to owe allegiance to two sovereigns, and may be liable to punishment for an infraction of the laws of either.²⁶ If a same act transgresses the laws of two sovereignties, concluded the Court, the idea that either or both may punish such an offender cannot be doubted.²⁷

1.2. THE DEVELOPMENT OF THE DUAL SOVEREIGNTY DOCTRINE: UNITED STATES V. LANZA.

The Supreme Court cemented the previous reasoning in *United States v. Lanza*, decided in 1922. This was the first time that the Supreme Court directly addressed the question of successive prosecutions by different sovereignties for the same conduct.²⁸

²⁴ *United States v. Marigold*, 50 U.S. 560, 569 (1850).

²⁵ *Moore v. People of State of Illinois*, 55 U.S. 13, 19 (1852); ALLEN, Ronald and RATNASWAMY, John. *Heath v. Alabama: A Case Study of Doctrine and Rationality in the Supreme Court*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 76, n. 4, p. 812, 1985.

²⁶ *Moore v. People of State of Illinois*, 20.

²⁷ *Moore v. People of State of Illinois*, 20.

²⁸ OWSLEY, David. *Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study*, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 773, 2003; MULLEN, Kayla. *Gamble v. United States: A Commentary*. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 14, n. 1, p. 210, 2019.

In this case, the defendants were charged in federal court with manufacturing, transporting and possessing intoxicating liquor in violation of the Volstead Act. The defendants argued that a previous conviction under a state statute for manufacturing, transporting and possessing intoxicating liquor was a bar to the subsequent federal prosecution for the same act under the Fifth Amendment.²⁹

After citing a “long line of decisions” dating back to *Fox v. Ohio*,³⁰ the Supreme Court ruled that the subsequent federal prosecution, after the state conviction, did not violate the double jeopardy clause. According to the Court, there were two different sovereignties, each of them capable of dealing with the same subject-matter within the same territory. In determining what shall be an offense against its peace and dignity, each of these sovereignty is exercising its own sovereignty, not that of the other.³¹ Therefore, “an act denounced as a crime by both national and state sovereignties is an offense against the peace and dignity of both and may be punished by each”.³²

Under the ruling of *United States v. Lanza*, the violation of proscriptions emanated from different “sovereigns” are different offenses for purposes of the double jeopardy clause. Consequently, as this constitutional protection only prohibits successive prosecutions or punishments for the “same offense”, successive prosecutions or punishments by different sovereignties are not barred by the Fifth Amendment.³³

1.3. THE CASE LAW AFTER UNITED STATES V. LANZA.

The doctrine of *Lanza* was subsequently applied in several cases. Four years later, in *Hebert v. Louisiana*, the Supreme Court upheld a

²⁹ *United States v. Lanza*, 378-380.

³⁰ *United States v. Lanza*, 382-384.

³¹ *United States v. Lanza*, 382.

³² *United States v. Lanza*, 382; BRICKMAN, Jay. The Dual Sovereignty Doctrine and Successive State Prosecutions: *Health v. Alabama*, *Chicago-Kent Law Review*, v. 63, n. 1, p. 177, 1987.

³³ DAWSON, Michael. Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine, *Yale Law Journal*, v. 102, n. 1, p. 292, 1992.

state conviction following a federal prosecution for the same conduct, rejecting any violation of the double jeopardy clause. The Court stated that where the same conduct is criminalized both under state and federal law, the person that “engages therein commits two distinct offenses, one against the United States and one against the State, and may be subjected to prosecution and punishment in the federal courts for one and in the state courts for the other without any infraction of the constitutional rule against double jeopardy”.³⁴

In *Westfall v. United States*, in response to a question certified by the Sixth Circuit Court of Appeals arising upon a review of convictions, the Supreme Court, citing *Lanza*, directly affirmed that “of course an act may be criminal under the laws of both jurisdictions”.³⁵

Afterwards, in *Jerome v. United States*, the Supreme Court ruled that the double jeopardy provision of the Fifth Amendment does not stand as a bar to federal prosecution though a state conviction based on the same acts has already been obtained.³⁶

Finally, in *Screws v. United States*³⁷ the Supreme Court underlined that “the petitioners may be guilty of manslaughter or murder under Georgia law and at the same time liable for the federal offense proscribed by § 20”.³⁸ Moreover, the Court explained that “the instances where an act denounced as a crime by both national and state sovereignties may be punished by each without violation of the double jeopardy provision of the Fifth Amendment are common”.³⁹

³⁴ *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, 314 (1926).

³⁵ *Westfall v. United States*, 274 U.S. 256, 258 (1927).

³⁶ *Jerome v. United States*, 318 U.S. 101, 105 (1943).

³⁷ *Screws v. United States*, 325 U.S. 91 (1945).

³⁸ *Screws v. United States*, 325 U.S. 91, 108 (note 10) (1945). Section 20 provided: “Whoever, under color of any law, statute, ordinance, regulation, or custom, willfully subjects, or causes to be subjected, any inhabitant of any State, Territory, or District to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured or protected by the Constitution and laws of the United States, or to different punishments, pains, or penalties, on account of such inhabitant being an alien, or by reason of his color, or race, than are prescribed for the punishment of citizens, shall be fined not more than \$1,000, or imprisoned not more than one year, or both”.

³⁹ *Screws v. United States*, 108 (note 10).

1.4. SOLIDIFICATION OF THE DUAL SOVEREIGNTY DOCTRINE: BARTKUS V. ILLINOIS AND ABBATE V. UNITED STATES.

It was not until 1959 that the Supreme Court reexamined the dual sovereignty doctrine. In *Bartkus v. Illinois*⁴⁰ and *Abbate v. United States*,⁴¹ both decided the same day, the Supreme Court solidified the dual sovereignty doctrine.⁴²

In *Bartkus v. Illinois*, the Supreme Court upheld a state prosecution after a federal acquittal.⁴³ The defendant had been tried and acquitted by a jury in a federal court for robbery of a federally insured savings and loan association. After the federal prosecution, the defendant was indicted for substantially the same facts by a jury in Illinois. The accused filed a motion of *autrefois acquit* but the Illinois trial court rejected it. The defendant was tried, convicted and sentenced to life imprisonment.⁴⁴

In the first place, the Supreme Court remarked that the rule that successive state and federal prosecutions do not violate the Fifth Amendment had been repeatedly upheld since *Lanza*,⁴⁵ not only by the same Supreme Court, but also by state and federal courts.⁴⁶

For the Supreme Court, it was essential to ensure that states did not forfeit their right to enforce their criminal laws for the purpose of permitting federal prosecutions,⁴⁷ especially because state and federal offenses criminalizing the same conduct often carry drastically different penalties. As example, the Court cited *Screws v. United States*, a case in

⁴⁰ *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959).

⁴¹ *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959).

⁴² OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 773, 2003.

⁴³ BRAUN, Daniel. Praying to False Sovereigns: The Rule Permitting Successive Prosecutions in the Age of Cooperative Federalism, *American Journal of Criminal Law*, v. 20, n. 1, p. 3, 1992.

⁴⁴ *Bartkus v. Illinois*, 121-122.

⁴⁵ *Bartkus v. Illinois*, 132.

⁴⁶ *Bartkus v. Illinois*, 136.

⁴⁷ CRANMAN, Erin. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right, *Emory International Law Review*, v. 14, n. 3, p. 1655, 2000.

which defendants were firstly tried and convicted under federal statutes with maximum sentences of a year and two years respectively, but the state crime there involved was a capital offense. If states were barred from prosecuting a defendant for a serious offence after a federal prosecution for a minor offence based on the same conduct, the result would be a shocking deprivation of the historic right and obligation of the states to maintain peace and order within their confines. The Court stated that it would be in derogation of the federal system to displace the power of states over state offenses by reason of prosecution of minor federal offenses by federal authorities beyond the control of the states.⁴⁸

In *Abbate v. United States*, the Supreme Court upheld a federal conviction after a state conviction for the same conduct. The defendants had been convicted of conspiring to dynamite facilities of a telephone company during an extended labor dispute, and were sentenced by a state court to three months' imprisonment. Subsequently, the defendants were convicted in a federal court of conspiracy to destroy integral parts of a communication system. Both state and federal convictions were based on the same facts.⁴⁹

Firstly, the Supreme Court noted that *Lanza* had clearly established that a prior state conviction did not bar a subsequent federal prosecution.⁵⁰ Therefore, the defendants in *Abbate* were asking to overrule *Lanza*. The Supreme Court declined to do so, affirming that there was no persuasive reason to abandon that firmly established principle. The Court remarked that if *Lanza* were overruled undesirable consequences would follow, as it was recognized a century ago in *Fox v. Ohio*. If a state prosecution would bar a following federal prosecution based on the same acts, federal law enforcement would necessarily be hindered. However, it would also be a mistake to suggest, in order to maintain the effectiveness of federal law enforcement, displacing state power to prosecute crimes based on acts which might also violate federal law.⁵¹ Just as happened in *Bartkus*, the Supreme Court was concerned on the disparity in penalties provided by

⁴⁸ *Bartkus v. Illinois*, 137.

⁴⁹ *Abbate v. United States*, 187-189.

⁵⁰ *Abbate v. United States*, 193.

⁵¹ *Abbate v. United States*, 195.

state and federal law. While the defendants had been convicted to three months' imprisonment under state law, under federal law they could be convicted up to five years' imprisonment.⁵²

Bartkus and Abbate were extensively criticized,⁵³ especially by Justice Black in his dissenting opinion in Bartkus.⁵⁴ Nevertheless, the Supreme Court was not receptive to the critics and continued applying the dual sovereignty doctrine.

Not even *Benton v. Maryland*, the case in which the Supreme Court ruled that the double jeopardy was incorporated in the Fourteenth Amendment and was thereby applicable to the states,⁵⁵ could challenge the application of the dual sovereignty doctrine.⁵⁶ In *Gamble v. United States*, the defendant argued that the recognition of the incorporation of the double jeopardy clause had washed away any theoretical foundation for the dual sovereignty doctrine.⁵⁷ The Supreme Court rejected the argument, stating that the premises of the dual sovereignty doctrine have survived incorporation intact. Incorporation meant that the states were now required to abide the interpretation of the Court on double jeopardy, but that interpretation has long included the dual sovereignty

⁵² *Abbate v. United States*, 195.

⁵³ BOYLE, Richard. Double Jeopardy and Dual Sovereignty: The Impact of *Benton v. Maryland* on Successive Prosecution for the Same Offense by State and Federal Governments, *Indiana Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 418, 1971; KING, James. The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution, *Stanford Law Review*, v. 31, n. 3, p. 483, 1979.

⁵⁴ *Bartkus v. Illinois*, 150-164 (Black dissenting).

⁵⁵ *Benton v. Maryland*, 784.

⁵⁶ OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 776, 2003. Critically, and suggesting the necessity of a serious reexamination of the dual sovereignty doctrine after *Benton v. Maryland*, BOYLE, Richard. Double Jeopardy and Dual Sovereignty: The Impact of *Benton v. Maryland* on Successive Prosecution for the Same Offense by State and Federal Governments, *Indiana Law Journal*, v. 46, n. 3, pp. 422-427, 1971; MULLEN, Kayla. *Gamble v. United States*: A Commentary. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 14, n. 1, p. 210, 2019; STONER, Ray. Double Jeopardy and Dual Sovereignty: A Critical Analysis, *William & Mary Law Review*, v. 11, n. 4, pp. 952-954, 1970.

⁵⁷ *Gamble v. United States*, 29.

doctrine.⁵⁸ As has been explained, the dual sovereignty doctrine rests on the fact that different prosecutions by distinct sovereignties are not the same offense for double jeopardy purposes, and that is just as true after incorporation as before.⁵⁹

1.5. THE DUAL SOVEREIGNTY DOCTRINE AND SUCCESSIVE PROSECUTIONS IN BY DIFFERENT STATES: HEATH V. ALABAMA.

In *Heath v. Alabama*, decided in 1985, the Supreme Court faced a question that, until that moment, had not directly answered: whether the dual sovereignty doctrine was also applicable to successive prosecutions under the laws of different states.

In August 1981, the petitioner left his residence in Alabama to meet with the two men in Georgia. After hiring them to kill his wife, petitioner led them back to his residence and gave them the keys of the car and house. The two men kidnaped the victim from her home and killed her.⁶⁰ Both Georgia and Alabama authorities pursued dual investigations. In September 1981, the petitioner was arrested by Georgia authorities. He was convicted and sentenced under Georgia law to life imprisonment.⁶¹ In May 1982, the petitioner was indicted by a grand jury in Alabama. Before the trial, the defendant filed a motion to dismiss the indictment, arguing that his conviction in Georgia barred his prosecution in Alabama for the same offense. The motion was rejected. The defendant was then tried, convicted and sentenced to death.⁶²

The Supreme Court underlined once again that “successive prosecutions are barred by the Fifth Amendment only if the two offenses for which the defendant is prosecuted are the same for double jeopardy purposes”.⁶³ Consequently, the Court ruled that “the dual sovereignty

⁵⁸ *Gamble v. United States*, 30.

⁵⁹ *Gamble v. United States*, 30.

⁶⁰ *Heath v. Alabama*, 83-84.

⁶¹ *Heath v. Alabama*, 84.

⁶² *Heath v. Alabama*, 85-86.

⁶³ *Heath v. Alabama*, 87.

doctrine, as originally articulated and consistently applied by this Court, compels the conclusion that successive prosecutions by two states for the same conduct are not barred by the Double Jeopardy Clause”.⁶⁴

States have been uniformly considered as separate sovereigns with respect to the Federal Government, because the power of each state to prosecute is derived from its own “inherent sovereignty”, not from the Federal Government.⁶⁵ In this context, “states are no less sovereign with respect to each other than they are with respect to the Federal Government. Their powers to undertake criminal prosecutions derive from separate and independent sources of power and authority originally belonging to them before admission to the Union and preserved to them by the Tenth Amendment”.⁶⁶

Moreover, the Supreme Court highlighted that “among the prerogatives of sovereignty is the power to create and enforce a criminal code. Therefore, denying a state its power to enforce its criminal laws because another state has won the race to the courthouse “would be a shocking and untoward deprivation of the historic right and obligation of the states to maintain peace and order within their confines”.⁶⁷ After all, the interest of a state in “vindicating its sovereign authority through enforcement of its laws by definition can never be satisfied by another state’s enforcement of its own laws”.⁶⁸

In conclusion, the dual sovereignty doctrine permits successive prosecutions in three cases: (1) successive prosecutions of an individual by multiple state governments; (2) successive prosecutions of an individual by a state and the federal government; and (3) successive prosecutions of an individual by a state or the Federal Government and a foreign

⁶⁴ Heath v. Alabama, 88; MERKL, Taryn. The Federalization of Criminal Law and Double Jeopardy, *Columbia Human Rights Law Review*, v. 31, n. 1, p. 185, 1999.

⁶⁵ Heath v. Alabama, 89.

⁶⁶ Heath v. Alabama, 89.

⁶⁷ Heath v. Alabama, 93.

⁶⁸ Heath v. Alabama, 93. For a critical comment on the arguments of the Supreme Court, see ALLEN, Ronald and RATNASWAMY, John. Heath v. Alabama: A Case Study of Doctrine and Rationality in the Supreme Court, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 76, n. 4, p. 814-824, 1985.

government.⁶⁹ By contrast, successive prosecutions for the same offense by the same sovereign are prohibited by the double jeopardy clause.⁷⁰

1.6. THE DUAL SOVEREIGNTY DOCTRINE IN 2019: GAMBLE V. UNITED STATES.⁷¹

On 17 June 2019, the Supreme Court delivered its decision in *Gamble v. United States*, its last judgment on the dual sovereignty doctrine.

In 2008, the petitioner was convicted of second-degree robbery in Alabama. In November 2015, a local police officer searched the car of the defendant and found a firearm. Since the defendant had been convicted of second-degree robbery, his possession of the handgun violated an Alabama law providing that no one convicted of a crime of violence “shall own a firearm or have one in his or her possession”.⁷² The defendant pleaded guilty and was sentenced to one year in prison. After his conviction, federal prosecutors charged him with the federal version of the same offense based on the same fact.⁷³

The defendant filed a motion to dismiss, arguing that the federal indictment was barred by the double jeopardy clause. Relying on the dual sovereignty doctrine, the District Court rejected the motion and the Court of Appeals affirmed.⁷⁴ The defendant then filed a petition for a

⁶⁹ CRANMAN, Erin. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right, *Emory International Law Review*, v. 14, n. 3, p. 1644, 2000; PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, p. 773, 2014.

⁷⁰ PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, p. 774, 2014.

⁷¹ A first commentary on *Gamble v. United States* can be found in ESCOBAR, Javier. Double Jeopardy and Dual Sovereignty Doctrine: *Gamble v. United States*, *Revista de Derecho*, v. 20, n. 2, 2019.

⁷² *Gamble v. United States*, 2.

⁷³ *Gamble v. United States*, 2.

⁷⁴ MULLEN, Kayla. *Gamble v. United States: A Commentary*. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 14, n. 1, p. 209, 2019.

writ of certiorari with the Supreme Court, which was granted to consider “whether the Court should overrule the ‘separate sovereigns’ exception to the double jeopardy clause”.⁷⁵

In its decision, the Supreme Court upheld the dual sovereignty doctrine, concluding that the Federal Government and a state government can bring separate criminal prosecutions against the same person for the same conduct. Because each sovereign can define its own offenses, if a single act violates different sovereigns’ laws it will constitute two separate “offenses”.

In the first place, the Supreme Court clarified that, although the dual sovereignty rule is often dubbed an “exception” to the double jeopardy clause,⁷⁶ it is not an exception at all. On the contrary, it flows from the explicit textual reference that the Fifth Amendment makes to the “same offense” requirement.⁷⁷ Because that the term “offense” was originally understood as transgression of a law,⁷⁸ and that each law is defined by a sovereign, the Court affirmed that “where there are two sovereigns, there are two laws, and two offences”.⁷⁹ According to the Court, there is no reason to abandon

⁷⁵ *Gamble v. United States*, Question Presented, Certiorari Granted on 28 June 2018.

⁷⁶ For instance, see PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, p. 773, 2014; MULLEN, Kayla. *Gamble v. United States: A Commentary*. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 14, n. 1, p. 207, 2019; MATZ, Robert. Dual Sovereignty and the Double Jeopardy Clause: If at First You Don’t Convict, Try, Try, Again, *Fordham Urban Law Journal*, v. 24, n. 2, p. 359, 1997; WOODS, Christina. Comments: The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: An Unnecessary Loophole, *University of Baltimore Law Review*, v. 24, n. 1, pp. 177-178, 1994; MERKL, Taryn. The Federalization of Criminal Law and Double Jeopardy, *Columbia Human Rights Law Review*, v. 31, n. 1, p. 177, 1999; LEE, Evan. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: In the Wake of *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, *New England Law Review*, v. 22, n. 1, p. 35, 1987.

⁷⁷ *Gamble v. United States*, 3.

⁷⁸ *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657, 667 (1892).

⁷⁹ *Gamble v. United States*, 3-4.

this interpretation of the phrase “same offense”, from which the dual sovereignty doctrine follows.⁸⁰

The Court highlighted that the text of the double jeopardy clause “does more than honor the formal difference between two distinct criminal codes. It honors the substantive differences between the interests that two sovereigns can have in punishing the same act”.⁸¹

In order to explain its position, the Supreme Court utilized as example a prosecution in the United States for a crime committed abroad: if an American national is murdered abroad, both the foreign country and the United States will be interested in punishing the killer. On the one hand, the interest of the other country will be protecting the peace in its territory. On the other hand, the interest of the United States will be protecting its nationals. The murder in question, therefore, will constitute an offence to the United States as much as it will be to the country where the murder occurred and to which the victim is a stranger. For this reason, the killing of an American national abroad is a federal offence that can be prosecuted in the American courts.⁸²

2. DEFINITION OF SOVEREIGN FOR DOUBLE JEOPARDY PURPOSES

Since under the dual sovereignty doctrine the double jeopardy clause only bars successive prosecutions by the same sovereign, the Supreme Court has recognized that it is crucial to determine whether the two entities that seek successively to prosecute a defendant for the same offense can be termed separate sovereigns.⁸³

According to the case law of the Supreme Court, the question of whether two entities are separate sovereigns “turns on whether the two entities draw their authority to punish the offender from distinct sources

⁸⁰ *Gamble v. United States*, 5.

⁸¹ *Gamble v. United States*, 5-6.

⁸² *Gamble v. United States*, 7.

⁸³ *Heath v. Alabama*, 88; COLANGELO, Anthony. Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory, *Washington University Law Review*, v. 86, n. 4, p. 779, 2009.

of power”.⁸⁴ Thus, for double jeopardy purposes the sovereignty of two prosecuting entities is determined by the ultimate source of the power under which the respective prosecutions were taken.⁸⁵ If two entities have the same “ultimate source of power”, hence they both should be considered as one sovereign.⁸⁶

With regard to the meaning of “last source of power”, in *Heath v. Alabama* the Supreme Court underlined that two entities are separate sovereigns when each has the power to independently determine what shall be an offense against its authority and to punish such offenses.⁸⁷

In applying the above considerations, the Supreme Court has ruled that, for double jeopardy purposes, a state and its municipalities are the same sovereign.⁸⁸ Therefore, a state and its municipality are barred from prosecuting an individual for the same offense, not being applicable the double sovereignty doctrine.⁸⁹ In holding this, the Supreme Court emphasized that “political subdivisions of states (...) never were and never have been considered as sovereign entities. Rather, they have been traditionally regarded as subordinate government instrumentalities created by the state to assist in the carrying out of state governmental functions”.⁹⁰

Similarly, the Federal Government and its territories have been considered the same sovereign for double jeopardy purposes.⁹¹ In deciding that the Philippines and the Federal Government were the same sovereign,

⁸⁴ *Heath v. Alabama*, 88.

⁸⁵ *United States v. Lara*, 541 U.S. 193, 199 (2004); *Heath v. Alabama*, 90; *United States v. Wheeler*, 320.

⁸⁶ PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, p. 774, 2014.

⁸⁷ *Heath v. Alabama*, 89; REED, Akhil and MARCUS, Jonathan. Double Jeopardy Law After Rodney King, *Columbia Law Review*, v. 95, n. 1, p. 5, 1995.

⁸⁸ *Waller v. Florida*, 397 U.S. 387, 394-395 (1970).

⁸⁹ *Waller v. Florida*, 394-395.

⁹⁰ *Waller v. Florida*, 392. See also *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 575 (1964); MCANINCH, William. Unfolding the Law of Double Jeopardy, *South Carolina Law Review*, v. 44, n. 3, p. 425, 1993.

⁹¹ *United States v. Wheeler*, 318; *Puerto Rico v. Shell Co.*, 302 U.S. 253, 262-264 (1937); *Grafton v. United States*, 206 U.S. 333, 354 (1907).

the Court observed that “the government of a state does not derive its powers from the United States, while the government of the Philippines owes its existence wholly to the United States, and its judicial tribunals exert all their powers by the authority of the United States”.⁹²

On the contrary, Native American nations and the Federal Government have been regarded as separate sovereigns for double jeopardy purposes.⁹³

In conclusion, if an entity derives its sovereignty from another entity, then according to the Supreme Court those entities should be considered the same sovereign for double jeopardy purposes.⁹⁴

3. THE SHAM EXCEPTION

In *Bartkus v. Illinois*, the Supreme Court suggested that a successive prosecution by one sovereign might be barred in cases where it is merely a cover and a tool of another sovereign seeking to prosecute the same defendant. This exception has been called the “sham exception”.⁹⁵ In these cases, the prosecution brought by the second sovereign does not seek to vindicate its interest, but rather is pursued merely on behalf of the interest of the first sovereign.⁹⁶

In the specific case of *Bartkus*, however, the Supreme Court found that the degree of federal participation and involvement in the

⁹² *Grafton v. United States*, 354.

⁹³ *United States v. Wheeler*, 328-330.

⁹⁴ PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, p. 775, 2014.

⁹⁵ MATZ, Robert. Dual Sovereignty and the Double Jeopardy Clause: If at First You Don't Convict, Try, Try, Again, *Fordham Urban Law Journal*, v. 24, n. 2, p. 361, 1997; WOODS, Christina. Comments: The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: An Unnecessary Loophole, *University of Baltimore Law Review*, v. 24, n. 1, p. 188, 1994.

⁹⁶ MATZ, Robert. Dual Sovereignty and the Double Jeopardy Clause: If at First You Don't Convict, Try, Try, Again, *Fordham Urban Law Journal*, v. 24, n. 2, p. 361, 1997; LOPEZ, Dax. Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine Is Used to Circumvent Non Bis in Idem, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 33, n. 5, pp. 1277-1278, 2000.

state prosecution was not sufficient to apply the sham exception.⁹⁷ In this regard, the Court affirmed: “The record establishes that the prosecution was undertaken by state prosecuting officials within their discretionary responsibility and on the basis of evidence that conduct contrary to the penal code of Illinois had occurred within their jurisdiction”.⁹⁸ Moreover, the Court observed that the record established that “federal officials acted in cooperation with state authorities, as is the conventional practice between the two sets of prosecutors throughout the country”.⁹⁹

Consequently, the Court decided that the facts of the case did not support the claim that the prosecution brought by the State of Illinois was merely a tool of the federal authorities, who thereby avoided the prohibition established in the Fifth Amendment. The record of the case did not sustain a conclusion that “the state prosecution was a sham and a cover for a federal prosecution, and thereby in essential fact another federal prosecution”.¹⁰⁰

Although many courts have accepted the existence of the “sham exception”, courts have not applied it, “setting an insurmountable bar for defendants to overcome”.¹⁰¹

4. THE PETITE POLICY

As previously stated, since its recognition the dual sovereignty doctrine has been highly criticized.¹⁰² Its critics argue that it offends the

⁹⁷ WOODS, Christina. Comments: The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: An Unnecessary Loophole, *University of Baltimore Law Review*, v. 24, n. 1, p. 188, 1994.

⁹⁸ *Bartkus v. Illinois*, 123.

⁹⁹ *Bartkus v. Illinois*, 123.

¹⁰⁰ *Bartkus v. Illinois*, 123-124.

¹⁰¹ OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 789, 2003; MATZ, Robert. Dual Sovereignty and the Double Jeopardy Clause: If at First You Don't Convict, Try, Try, Again, *Fordham Urban Law Journal*, v. 24, n. 2, p. 361, 1997.

¹⁰² For instance, Michael Dawson directly affirms that the dual sovereignty doctrine is unconstitutional. DAWSON, Michael. Popular Sovereignty, Double

interest of the defendants in finality and exposes them to capricious prosecutorial discretion.¹⁰³ In addition, the absence of limits to the dual sovereignty doctrine would create an extreme potential for abuse.¹⁰⁴

Although in *Bartkus v. Illinois* the Supreme Court ruled that the double jeopardy clause does not bar a federal prosecution following a state prosecution for the same offence, shortly after *Bartkus* the Department of Justice announced, in *Petite v. United States*,¹⁰⁵ the Petite Policy,¹⁰⁶ which restricts the prosecutorial discretion of the Federal Government,¹⁰⁷ thereby assuaging fears of arbitrary successive prosecutions.¹⁰⁸

The Petite Policy establishes guidelines for the exercise of discretion by the officers of the Department of Justice in determining whether to bring a federal prosecution based on substantially the same act involved in a prior state procedure. The aims of the Petite Policy are to vindicate substantial federal interests through appropriate federal prosecutions; to protect persons charged with criminal conduct from

Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine, *Yale Law Journal*, v. 102, n. 1, pp. 299-302, 1992. Margaret Jones states that the dual sovereignty doctrine “has encouraged much abuse, being used principally as an easy way for prosecutors to make a record for convictions with a minimum of effort, and a means of evading the constitutional provisions against compulsory self-incrimination and illegal searches and seizures”. JONES, Margaret. What Constitutes Double Jeopardy, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 38, n. 4, p. 382, 1948.

¹⁰³ CRANMAN, Erin. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right, *Emory International Law Review*, v. 14, n. 3, p. 1667, 2000.

¹⁰⁴ CRANMAN, Erin. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right, *Emory International Law Review*, v. 14, n. 3, p. 1669, 2000.

¹⁰⁵ *Petite v. United States*, 361 U.S. 529 (1960).

¹⁰⁶ Justice Manual, Title 9: Criminal, Section 9-2.031 – Dual and Successive Prosecution Policy (“Petite Policy”), available at: <https://www.justice.gov/jm/jm-9-2000-authority-us-attorney-criminal-division-mattersprior-approvals#9-2.031>.

¹⁰⁷ DAWSON, Michael. Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine, *Yale Law Journal*, v. 102, n. 1, p. 293, 1992.

¹⁰⁸ OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 793, 2003; Woods, Christina, op. cit., note 9, p. 189.

the burdens associated with multiple prosecutions for substantially the same act; to promote efficient utilization of resources of the Department of Justice; and to promote coordination and cooperation between federal and state prosecutors.¹⁰⁹

The Petite Policy allows the initiation or continuation of a federal prosecution following a prior state or federal prosecution based on substantially the same acts if the following three requisites are satisfied: first, the matter must involve a substantial federal interest; second, the state prosecution must have left that interest demonstrably unvindicated; and third, the federal prosecutor must believe that conduct of the defendant constitutes a federal offense, and that the admissible evidence probably will be sufficient to obtain and sustain a conviction by an unbiased trier of fact.¹¹⁰

In addition, the federal prosecution must be approved by the appropriate Assistant Attorney General.¹¹¹

In determining whether a second prosecution may be authorized, it has been noted that the second criterion is critical.¹¹²

Satisfaction of the previous requirements does not mean, however, that a proposed prosecution necessarily must be approved or brought. Traditional elements of federal prosecutorial discretion continue to apply.¹¹³

¹⁰⁹ Justice Manual, Title 9: Criminal, Section 9-2.031 – Dual and Successive Prosecution Policy (“Petite Policy”), Statement of Policy.

¹¹⁰ Justice Manual, Title 9: Criminal, Section 9-2.031 – Dual and Successive Prosecution Policy (“Petite Policy”), Statement of Policy.

¹¹¹ Justice Manual, Title 9: Criminal, Section 9-2.031 – Dual and Successive Prosecution Policy (“Petite Policy”), Statement of Policy; PODGOR, Ellen. Department of Justice Guidelines: Balancing Discretionary Justice, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 13, n. 2, p. 178, 2004; COONEY, John. Multi-Jurisdictional and Successive Prosecution of Environmental Crimes: The Case for a Consistent Approach, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 96, n. 2, p. 448, 2006.

¹¹² COONEY, John. Multi-Jurisdictional and Successive Prosecution of Environmental Crimes: The Case for a Consistent Approach, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 96, n. 2, p. 448, 2006.

¹¹³ Justice Manual, Title 9: Criminal, Section 9-2.031 – Dual and Successive Prosecution Policy (“Petite Policy”), Statement of Policy.

Notwithstanding the Federal Government has discretion to dismiss cases when the Petite Policy is violated,¹¹⁴ defendants are not afforded the same opportunity.¹¹⁵ Courts¹¹⁶ have found that the Petite Policy is a doctrine of federal prosecutorial policy, not a matter of constitutional law. Therefore, failing to adhere to the internal guidelines of the Department of Justice would not be sufficient to warrant court action.¹¹⁷

Scholars have extendedly criticized the Petite Policy, characterizing it as an incomplete protection,¹¹⁸ noting that only the government can invoke it¹¹⁹ and that it is “neither clear nor fully understood by federal prosecutors”.¹²⁰ Moreover, critics state that some standards of the policy are vague and that the Justice Department has not clarified them.¹²¹

5. THE DUAL SOVEREIGNTY DOCTRINE AFTER GAMBLE V. UNITED STATES

The current vitality of the legal basis of the dual sovereignty doctrine, the existence of safeguards against potential abuses and the

¹¹⁴ For instance, *Thompson v. United States*, 444 U.S. 248 (1980); *Marakar v. United States*, 370 U. S. 723 (1962).

¹¹⁵ MCANINCH, William. Unfolding the Law of Double Jeopardy, *South Carolina Law Review*, v. 44, n. 3, p. 426, 1993.

¹¹⁶ PODGOR, Ellen. Department of Justice Guidelines: Balancing Discretionary Justice, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 13, n. 2, p. 180 (notes 75 and 76), 2004.

¹¹⁷ PODGOR, Ellen. Department of Justice Guidelines: Balancing Discretionary Justice, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 13, n. 2, p. 179-180, 2004; KING, James. The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution, *Stanford Law Review*, v. 31, n. 3, pp. 489-490, 1979; DAWSON, Michael. Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine, *Yale Law Journal*, v. 102, n. 1, p. 293, 1992.

¹¹⁸ DAWSON, Michael. Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine, *Yale Law Journal*, v. 102, n. 1, p. 293, 1992.

¹¹⁹ DAWSON, Michael. Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine, *Yale Law Journal*, v. 102, n. 1, p. 293, 1992.

¹²⁰ KING, James. The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution, *Stanford Law Review*, v. 31, n. 3, p. 492, 1979.

¹²¹ KING, James. The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution, *Stanford Law Review*, v. 31, n. 3, p. 492, 1979.

lack of judicial alternatives become improbable any drastic deviation from the status quo.¹²² *Gamble v. United States* proves it.

How should the dual sovereignty doctrine be faced after *Gamble v. United States*?

Adam Adler has pointed out that the problem with most of the criticisms against the dual sovereignty doctrine is that they focus too much on the double jeopardy clause, excluding other legal or constitutional provisions.¹²³ For instance, to solve the problems inherent to the dual sovereignty doctrine James King suggests to apply a new Fifth Amendment standard,¹²⁴ argument that has been permanently rejected by the Supreme Court.

Besides the “sham exception” and the Petite Policy, David Owsley has stated that potential abuses under the dual sovereignty doctrine could be correctly addressed by political accountability of the executive branch; state legislation; federal sentencing guidelines, which can prevent duplicative punishment or mitigate the unfairness of a successive prosecution; and continuing vigilance of state and national electorates, who can consent at any time through legislation, generally or particularly tailored, to the adjudications of other jurisdictions.¹²⁵

Although the effectiveness of these safeguards could certainly be discussed, especially the political accountability of the executive branch and the continuing vigilance of state and national electorates, one of the merits of Owsley is having put the focus on constitutional and legal provisions different to the Fifth Amendment.

¹²² OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, p. 800, 2003.

¹²³ ADLER, Adam. Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem, *Yale Law Journal*, v. 124, n. 2, p. 451, 2014.

¹²⁴ KING, James. The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution, *Stanford Law Review*, v. 31, n. 3, p. 478, 1979.

¹²⁵ OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, pp. 795-796, 2003.

The same Supreme Court recognized in *Hudson v. United States* that some of the ills at which some interpretations on double jeopardy have been directed are addressed by other constitutional provisions.¹²⁶

From my perspective, eventual excesses under the dual sovereignty doctrine could be prevented by the application of the cruel and unusual punishments clause contained in the Eighth Amendment,¹²⁷ which provides: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. The Eighth Amendment was adopted in 1791, directly from the English Bill of Rights of 1689.¹²⁸ The history of the Eighth Amendment indicates that the framers intended the entire amendment to act as a limit on the power of the government to punish.¹²⁹

The Eighth Amendment incorporates three different prohibitions: a prohibition of excessive bail, a prohibition of cruel and unusual punishments, which is concerned with matters such as the duration or conditions of confinement, and a prohibition of excessive fines, which limits the power of the government to extract payments as punishment for some offense.¹³⁰

¹²⁶ *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93, 102-103 (1997).

¹²⁷ *Harmelin v. Michigan*, 501 U. S. 957, 996-997 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in judgment) (1991). See also *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 284 (1983); *Ewing v. California*, 538 U.S. 11, 20 (2003); HOFFMANN, Joseph. The Cruel and Unusual Punishment Clause. A Limit on the Power to Punish or Constitutional Rhetoric? In: BODENHAMER, David and ELY, James (Eds.). *The Bill of Rights in Modern America*, Indiana University Press, 2008, p. 185.

¹²⁸ GRANUCCI, Anthony. “Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted:” The Original Meaning, *California Law Review*, v. 57, n. 4, p. 840, 1969.

¹²⁹ REINHART, Douglas. Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture after *Austin v. United States: Excessiveness and Proportionality*, *William & Mary Law Review*, v. 36, n. 1, p. 252, 1994.

¹³⁰ *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544, 558 (1993); ALBIN, Laurel Anne. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. *Aravanis v. Somerset County*, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), *University of Baltimore Law Review*, v. 26, n. 1, p. 156, 1996. See also *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal*, 492 U.S. 257, 265 (1989); *Austin v. United States*, 509 U.S. 602, 609-610 (1993); *United States v. Bajakajian*, 524 U.S. 321, 328 (1998).

The Supreme Court has stated that the cruel and unusual punishments clause contained in the Eighth Amendment “circumscribes the criminal process in three ways: First, it limits the kinds of punishment that can be imposed on those convicted of crimes (...); second, it proscribes punishment grossly disproportionate to the severity of the crime (...); and third, it imposes substantive limits on what can be made criminal and punished as such”.¹³¹

Regarding the scope of the cruel and unusual punishments clause, today is well settled that it does not only prohibit those forms of punishment that are “barbaric”, but also those that are “excessive” in relation to the crime committed.¹³² The Supreme Court has underlined that although legislation is enacted from an experience of evils, it should not be necessarily confined to the form that evil had theretofore taken. “Time works changes, brings into existence new conditions and purposes. Therefore a principle to be vital must be capable of wider application than the mischief which gave it birth”.¹³³ Accordingly, the Eighth Amendment “must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”.¹³⁴

The first time the Supreme Court declared a punishment cruel and unusual under the eighth amendment was in *Weems v. United States*, decided in 1910.¹³⁵ In this case, the defendant had been convicted of falsifying a public document and sentenced to 15 years of “cadena temporal”, a form of imprisonment that included hard labor in chains and permanent civil disabilities. After endorsing the principle of proportionality as a constitutional standard, affirming that “it is a precept

¹³¹ *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651, 667 (1977).

¹³² *Weems v. United States*, 217 U. S. 349, 373 (1910); *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584, 592 (1977); CLAPP, Randy. Eighth Amendment Proportionality, *American Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 2, p. 260, 1979.

¹³³ *Weems v. United States*, 373.

¹³⁴ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958).

¹³⁵ CLAPP, Randy. Eighth Amendment Proportionality, *American Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 2, p. 260, 1979; ROOKER, John. Crime and Punishment: The Eighth Amendment’s Proportionality Guarantee after *Harmelin v. Michigan*, *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, pp. 162-163, 1992; GRANUCCI, Anthony. “Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted:” The Original Meaning, *California Law Review*, v. 57, n. 4, p. 843, 1969.

of justice that punishment for crime should be graduated and proportioned to offense”,¹³⁶ the Supreme Court expressed its abhorrence to the cruelty of “cadena temporal”. The Court held that it was “cruel in its excess of imprisonment and that which accompanies and follows imprisonment. It is unusual in its character. Its punishments come under the condemnation of the Bill of Rights, both on account of their degree and kind”.¹³⁷

The reasoning in *Weems* was followed in *Trop v. Dulles*. In this instance, the Supreme Court found that the sanction of denaturalization for the offence of wartime desertion violated the Eighth Amendment. The Court pointed out that even though denaturalization did involve neither physical mistreatment nor primitive torture, there was instead the total destruction of the individual’s status in organized society. The Court found that denaturalization was a form of punishment “more primitive than torture, for it destroys for the individual the political existence that was centuries in the development”.¹³⁸

The Supreme Court subsequently applied the proportionality principle in *Robinson v. California* and *Coker v. Georgia*. In the first case, the Court ruled that a ninety-day prison sentence for the crime of being addicted to narcotics was contrary to the Eighth Amendment. Even though ninety days’ imprisonment is not clearly a sentence “cruel and unusual” in abstract,¹³⁹ the Court found that the punishment was disproportionate to the crime.¹⁴⁰ In *Coker v. Georgia*, the Supreme Court held that a sentence of death was grossly disproportionate and excessive for the crime of rape of an adult woman and was therefore forbidden by the Eighth Amendment as cruel and unusual punishment.¹⁴¹

¹³⁶ *Weems v. United States*, 367.

¹³⁷ *Weems v. United States*, 377; CLAPP, Randy. Eighth Amendment Proportionality, *American Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 2, p. 260, 1979.

¹³⁸ *Trop v. Dulles*, 101.

¹³⁹ *Robinson v. California*, 370 U.S. 660, 667 (1962).

¹⁴⁰ *Robinson v. California*, 667; HOFFMANN, Joseph. The Cruel and Unusual Punishment Clause. A Limit on the Power to Punish or Constitutional Rhetoric? In: BODENHAMER, David and ELY, James (Eds.). *The Bill of Rights in Modern America*, Indiana University Press, 2008, p. 185.

¹⁴¹ *Coker v. Georgia*, 592.

In *Solem v. Helm*, decided in 1983, the Court ruled that a life sentence without possibility of parole under a recidivist statute for a person convicted of seven nonviolent felonies was disproportionate. In this case, the accused was convicted of issuing a “no account” check for \$100. The crime was punishable with five years’ imprisonment but under the recidivist statute of South Dakota the accused, who had previously been convicted of six nonviolent felonies, was sentenced to imprisonment without possibility of parole.¹⁴² The Supreme Court rejected the argument of the government that the principle of proportionality did not apply to felony prison sentences,¹⁴³ explaining that it had been already recognized that the Eighth Amendment imposes “parallel limitations” on bail, fines, and other punishments. Accordingly, as a matter of principle the Court held a straightforward idea: “a criminal sentence must be proportionate to the crime for which the defendant has been convicted”.¹⁴⁴

In applying the proportionality principle contained in the cruel and unusual punishments clause, the Supreme Court has ruled, for instance, that executing offenders who committed crimes while under the age of eighteen was unconstitutional.¹⁴⁵ The Court has also stated that executions of mentally retarded criminals are “cruel and unusual punishments” prohibited by the Eighth Amendment.¹⁴⁶

¹⁴² *Solem v. Helm*, 279-283.

¹⁴³ *Solem v. Helm*, 288.

¹⁴⁴ *Solem v. Helm*, 290.

¹⁴⁵ The Court firstly held, in *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 838 (1988), that executing offenders who committed crimes while under the age of sixteen was unconstitutional. In *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) the Court extended the prohibition to offenders who committed crimes while under the age of eighteen. *Roper v. Simmons* overruled *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, 380 (1989), a decision in which the Court concluded that the “Eighth and Fourteenth Amendments did not proscribe the execution of juvenile offenders over 15 but under 18”.

¹⁴⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 321 (2002). Before *Atkins v. Virginia*, the Court had ruled that the Eighth Amendment did not mandate a categorical exemption from the death penalty for the mentally retarded defendants. See *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 340 (1989).

Eight years after *Solem*, however, the Supreme Court weakened the proportionality principle in *Harmelin v. Michigan*.¹⁴⁷ In this case, the defendant had been convicted of possessing 672 grams of cocaine and sentenced under Michigan state law to a mandatory life term without the possibility of parole.¹⁴⁸ The majority of the Court rejected the claim of the defendant that his sentence violated the Eighth Amendment, but the Court could not agree on why the proportionality argument of the defendant failed.

On the one hand, Justice Scalia, joined by the Chief Justice, wrote that the proportionality principle was “an aspect of our death penalty jurisprudence, rather than a generalizable aspect of Eighth Amendment law”.¹⁴⁹ Therefore, outside the capital context the “Eighth Amendment contains no proportionality guarantee”.¹⁵⁰ On the other hand, Justice Kennedy, joined by two other Members of the Court, expressly recognized that “the Eighth Amendment proportionality principle also applies to noncapital sentences”. Kennedy identified four principles of proportionality review: “the primacy of the legislature, the variety of legitimate penological schemes, the nature of our federal system, and the requirement that proportionality review be guided by objective factors”. Subsequently, he concluded that the Eighth Amendment does not require strict proportionality between crime and sentence. Rather, it forbids only extreme sentences that are “grossly disproportionate” to the crime,¹⁵¹ which was not the case of *Harmelin*.¹⁵²

¹⁴⁷ BAKER, Roozbeh, Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment, *University of Miami Inter-American Law Review*, v. 39, n. 3, p. 488, 2008.

¹⁴⁸ *Harmelin v. Michigan*, 961.

¹⁴⁹ *Harmelin v. Michigan*, 994.

¹⁵⁰ *Harmelin v. Michigan*, 957. See also *Rummel v. Estelle*, 272; *Hutto v. Davis*, 454 U.S. 370, 374 (1982); ROOKER, John. Crime and Punishment: The Eighth Amendment’s Proportionality Guarantee after *Harmelin v. Michigan*, *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, p. 166, 1992.

¹⁵¹ *Harmelin v. Michigan*, 1004-1005 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in judgment).

¹⁵² *Harmelin v. Michigan*, 1009 (Kennedy, J., concurring in part and concurring in judgment).

In *Ewing v. California*, decided in 2003, the Supreme Court finally adopted the guide suggested by Justice Kennedy. In this case, the defendant, while on parole, was convicted of felony grand theft for stealing three golf clubs, worth \$399 apiece. Because the defendant had been previously convicted of four serious or violent felonies, the prosecutor alleged and the trial court applied the California's three strikes law, sentencing him to 25 years to life. The Supreme Court stated that the Eighth Amendment contains a "narrow proportionality principle", which only forbids extreme sentences that are "grossly disproportionate" to the crime.¹⁵³ Regarding the case in question, the Court concluded that the sentence of 25 years to life in prison, imposed on the defendant for the offense of felony grand theft under the three strikes law was not grossly disproportionate, therefore there was no violation of the Eighth Amendment.¹⁵⁴

How should the Eighth Amendment apply in cases of multi sovereignty prosecutions?

If the Eighth Amendment is to serve as a "backup" for cumulative punishments imposed in multi sovereignty prosecutions, then the analysis of proportionality should consider all the penalties together and not one at a time.¹⁵⁵ Therefore, in order to determine whether a disproportionate sanction has been imposed on the defendant every court that sanctions the defendant will have to consider all the penalties that have been previously imposed on the defendant for the same conduct, including those ordered by different courts.¹⁵⁶

For instance, if a defendant is convicted in a state prosecution for theft to ten years' imprisonment, and later is convicted in a federal prosecution for the same conduct to fifteen' years imprisonment, the question to resolve will not be whether a penalty of ten or fifteen years'

¹⁵³ *Ewing v. California*, 20. See also *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, 72 (2003).

¹⁵⁴ *Ewing v. California*, 30; LEE, Youngjae. The Constitutional Right against Excessive Punishment, *Virginia Law Review*, v. 91, n. 3, pp. 694-695, 2005.

¹⁵⁵ KING, Nancy. Portioning Punishment: Constitutional Limits on Successive and Excessive Penalties, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, n. 1, p. 150, 1995.

¹⁵⁶ KING, Nancy. Portioning Punishment: Constitutional Limits on Successive and Excessive Penalties, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, n. 1, p. 152, 1995.

imprisonment is disproportionate for a theft, but rather whether a sanction of twenty-five years' imprisonment for a theft respects the principle of proportionality under the Eighth Amendment.

A dual sovereignty exception to the Eighth Amendment would be clearly a mistake.¹⁵⁷

CONCLUSIONS

Under the dual sovereignty doctrine of the Supreme Court of the United States, successive criminal prosecutions against the same defendant for the same conduct do not violate the double jeopardy clause in three cases: (1) successive prosecutions by multiple state governments; (2) successive prosecutions by a state and the federal government; and (3) successive prosecutions by a state or the Federal Government and a foreign government.

Notwithstanding the dual sovereignty doctrine has been strongly criticized by scholars, the Supreme Court has persistently upheld it. Indeed, in *Gamble v. United States*, decided in 2019, the Supreme Court once again upheld its long-standing dual sovereignty doctrine. The current vitality of the dual sovereignty doctrine, therefore, could hardly be challenged.

Taking into account the above, the discussion should focus on the safeguards against eventual abuses committed under the dual sovereignty doctrine.

Regarding the existing safeguards, they are two: the “sham exception” and the “Petite Policy”. Both have proved, however, to be insufficient. Concerning the sham exception, even though many courts have accepted it, they have not applied it, setting an insuperable burden for defendants to overcome. With regard to the Petite Policy, it has shown the problems with self-regulation in the context of criminal justice. Although the Department of Justice has tried to conform its practices to the “sham exception”, the Petite Policy has been deemed unenforceable: courts have ruled that the Petite Policy is not a matter of constitutional law, therefore failing to adhere to the internal guidelines

¹⁵⁷ KING, Nancy. Portioning Punishment: Constitutional Limits on Successive and Excessive Penalties, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, n. 1, p. 155, 1995.

of the Department of Justice is not sufficient to warrant court action. Considering the ineffectiveness of the existing safeguards, it would seem necessary to develop other safeguards against eventual abuses committed under the dual sovereignty doctrine. From my perspective, eventual excesses under the dual sovereignty doctrine could be prevented by the application of the cruel and unusual punishments clause contained in the Eighth Amendment, which forbids extreme sentences that are “grossly disproportionate” to the crime.

The Eighth Amendment would serve as a “backup” for cumulative punishments imposed in multi sovereignties prosecutions allowed by the double jeopardy clause. For purposes of determining whether a disproportionate sanction has been imposed on the defendant in multi sovereignties prosecutions, the analysis of proportionality should consider all the penalties together and not one at a time. Therefore, every court that sanctions the defendant will have to consider all the penalties that have been previously imposed on the defendant for the same conduct, including those ordered by different courts.

BIBLIOGRAPHY

ADLER, Adam. Dual Sovereignty, Due Process, and Duplicative Punishment: A New Solution to an Old Problem, *Yale Law Journal*, v. 124, n. 2, 2014.

ALBIN, Laurel Anne. Notes: Constitutional Limitations of Civil in Rem Forfeiture and the Double Jeopardy Dilemma: Civil in Rem Forfeiture Constitutes Punishment and Is Subject to Excessive Fines Analysis. *Aravanis v. Somerset County*, 339 Md. 644, 664 A.2d 888 (1995), Cert. Denied, 116 S. Ct. 916 (1996), *University of Baltimore Law Review*, v. 26, n. 1, 1996.

ALLEN, Ronald and Ratnaswamy, John. *Heath v. Alabama: A Case Study of Doctrine and Rationality in the Supreme Court*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 76, n. 4, 1985.

BAKER, Roozbeh. Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment, *University of Miami Inter-American Law Review*, v. 39, n. 3, 2008.

BOYLE, Richard. Double Jeopardy and Dual Sovereignty: The Impact of *Benton v. Maryland* on Successive Prosecution for the Same Offense by State and Federal Governments, *Indiana Law Journal*, v. 46, n. 3, 1971.

BRAUN, Daniel. Praying to False Sovereigns: The Rule Permitting Successive Prosecutions in the Age of Cooperative Federalism, *American Journal of Criminal Law*, v. 20, n. 1, 1992.

BRICKMAN, Jay. The Dual Sovereignty Doctrine and Successive State Prosecutions: *Health v. Alabama*, *Chicago-Kent Law Review*, v. 63, n. 1, 1987.

CLAPP, Randy. Eighth Amendment Proportionality, *American Journal of Criminal Law*, v. 7, n. 2, 1979.

COLANGELO, Anthony. Double Jeopardy and Multiple Sovereigns: A Jurisdictional Theory, *Washington University Law Review*, v. 86, n. 4, 2009.

COONEY, John. Multi-Jurisdictional and Successive Prosecution of Environmental Crimes: The Case for a Consistent Approach, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 96, n. 2, 2006.

CRANMAN, Erin. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Champion of Justice or a Violation of a Fundamental Right, *Emory International Law Review*, v. 14, n. 3, 2000.

DAWSON, Michael. Popular Sovereignty, Double Jeopardy, and the Dual Sovereignty Doctrine, *Yale Law Journal*, v. 102, n. 1, 1992.

ESCOBAR, Javier. Double Jeopardy and Dual Sovereignty Doctrine: *Gamble v. United States*, *Revista de Derecho*, v. 20, n. 2, 2019.

FISHER, Walter. Double Jeopardy, Two Sovereignities and the Intruding Constitution, *The University of Chicago Law Review*, v. 28, n. 4, 1961.

GRANUCCI, Anthony. "Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted:" The Original Meaning, *California Law Review*, v. 57, n. 4, 1969.

HOFFMANN, Joseph. The Cruel and Unusual Punishment Clause. A Limit on the Power to Punish or Constitutional Rhetoric? In: BODENHAMER, David and ELY, James (Eds.). *The Bill of Rights in Modern America*, Indiana University Press, 2008.

JONES, Margaret. What Constitutes Double Jeopardy, *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 38, n. 4, 1948.

KING, James. The Problem of Double Jeopardy in Successive Federal-State Prosecutions: A Fifth Amendment Solution, *Stanford Law Review*, v. 31, n. 3, 1979.

KING, Nancy. Portioning Punishment: Constitutional Limits on Successive and Excessive Penalties, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, n. 1, 1995.

KOKLYS, Andrea. Second Chance for Justice: Reevaluation of the United States Double Jeopardy Standard, *John Marshall Law Review*, v. 40, n. 1, 2006.

LEE, Evan. The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: In the Wake of *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, *New England Law Review*, v. 22, n. 1, 1987.

LEE, Youngjae. The Constitutional Right against Excessive Punishment, *Virginia Law Review*, v. 91, n. 3, 2005.

LOPEZ, Dax. Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine Is Used to Circumvent Non Bis in Idem, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 33, n. 5, 2000.

MATZ, Robert. Dual Sovereignty and the Double Jeopardy Clause: If at First You Don't Convict, Try, Try, Again, *Fordham Urban Law Journal*, v. 24, n. 2, 1997.

MCANINCH, William. Unfolding the Law of Double Jeopardy, *South Carolina Law Review*, v. 44, n. 3, 1993.

MERKL, Taryn. The Federalization of Criminal Law and Double Jeopardy, *Columbia Human Rights Law Review*, v. 31, n. 1, 1999.

MULLEN, Kayla. *Gamble v. United States*: A Commentary. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, v. 14, n. 1, 2019.

OWSLEY, David. Accepting the Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: A Hard Case Study, *Washington University Law Review*, v. 81, n. 3, 2003.

PODGOR, Ellen. Department of Justice Guidelines: Balancing Discretionary Justice, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, v. 13, n. 2, 2004.

PRINCIPATO, Daniel. Defining the Sovereign in Dual Sovereignty: Does the Protection against Double Jeopardy Bar Successive Prosecutions in National and International Courts, *Cornell International Law Journal*, v. 47, n. 3, 2014.

REED, Akhil and MARCUS, Jonathan. Double Jeopardy Law After Rodney King, *Columbia Law Review*, v. 95, n. 1, 1995.

REINHART, Douglas. Applying the Eighth Amendment to Civil Forfeiture after *Austin v. United States*: Excessiveness and Proportionality, *William & Mary Law Review*, v. 36, n. 1, 1994.

ROOKER, John. Crime and Punishment: The Eighth Amendment's Proportionality Guarantee after *Harmelin v. Michigan*, *Brigham Young University Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, 1992.

RUDSTEIN, David. *Double Jeopardy. A Reference Guide to the United States Constitution*, Praeger, 2004.

RUDSTEIN, David. A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee Against Double Jeopardy, *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 14, n. 1, 2005.

SIGLER, Jay. A History of Double Jeopardy, *American Journal of Legal History*, v. 7, n. 4, 1963.

SIGLER, Jay. Federal Double Jeopardy Policy, *Vanderbilt Law Review*, v. 19, n. 2, 1966.

STONER, Ray. Double Jeopardy and Dual Sovereignty: A Critical Analysis, *William & Mary Law Review*, v. 11, n. 4, 1970.

SUMMERS, Brian. Double Jeopardy: Rethinking the Parameters of the Multiplicity Prohibition, *Ohio State Law Journal*, v. 56, n. 5, 1995, p. 1595.

THOMAS III, George. *Double Jeopardy. The History, the Law*, New York University Press, 1998.

WOODS, Christina. Comments: The Dual Sovereignty Exception to Double Jeopardy: An Unnecessary Loophole, *University of Baltimore Law Review*, v. 24, n. 1, 1994.

TABLE OF CASES

Fox v. The State of Ohio, 46 U.S. 410 (1847).

United States v. Marigold, 50 U.S. 560 (1850).

Moore v. People of State of Illinois, 55 U.S. 13 (1852).

Huntington v. Attrill, 146 U.S. 657 (1892).

Grafton v. United States, 206 U.S. 333 (1907).

Weems v. United States, 217 U. S. 349 (1910).

United States v. Lanza, 260 U.S. 377 (1922).

Hebert v. Louisiana, 272 U.S. 312 (1926).

Westfall v. United States, 274 U.S. 256 (1927).

Puerto Rico v. Shell Co., 302 U.S. 253 (1937).

Jerome v. United States, 318 U.S. 101 (1943).

Screws v. United States, 325 U.S. 91 (1945).

Trop v. Dulles, 356 U.S. 86 (1958).

Bartkus v. Illinois, 359 U.S. 121 (1959).

Abbate v. United States, 359 U.S. 187 (1959).

Petite v. United States, 361 U. S. 529 (1960).

Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

Marakar v. United States, 370 U. S. 723 (1962).
Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533 (1964).
North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711 (1969).
Benton v. Maryland, 395 U.S. 784 (1969).
Waller v. Florida, 397 U.S. 387 (1970).
United States v. Wilson, 420 U.S. 332 (1975).
Ingraham v. Wright, 430 U.S. 651 (1977).
Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977).
United States v. Wheeler, 435 U.S. 313 (1978).
Thompson v. United States, 444 U.S. 248 (1980).
Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980).
Hutto v. Davis, 454 U.S. 370 (1982).
Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).
Heath v. Alabama, 474 U.S. 82 (1985).
Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).
Jones v. Thomas, 491 U.S. 376 (1989).
Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, 492 U.S. 257 (1989).
Penry v. Lynaugh, 492 U.S. 302 (1989).
Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361 (1989).
Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991).
Alexander v. United States, 509 U.S. 544 (1993).
Austin v. United States, 509 U.S. 602 (1993).
United States v. Dixon, 509 U. S. 688, 696 (1993).
United States v. Ursery, 518 U.S. 267, 273 (1996).
Hudson v. United States, 522 U.S. 93 (1997).
United States v. Bajakajian, 524 U.S. 321 (1998).
Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).
Ewing v. California, 538 U.S. 11 (2003).
Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003).
United States v. Lara, 541 U.S. 193 (2004).

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

Gamble v. United States, 587 U.S. ____ (2019).

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): This research was developed during a visiting scholar period at the Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law. I would like to deeply acknowledge the Max Planck Institute, especially Professor Hörnle, Director of the Department of Criminal Law, for having granted me the opportunity that made possible the elaboration of this work.

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

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

Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality): o autor assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio. A general comment on the decision Gamble v. United States, entitled “Double Jeopardy and Dual Sovereignty Doctrine: Gamble v. United States”, was published in Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho), N. 20, 2019.

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 18/11/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/12/2019
- Avaliação 1: 06/01/2020
- Ressubmissão de versão corrigida: 24/01/2020
- Avaliação 2: 15/03/2020
- Avaliação 3: 12/04/2020
- Deslocamento ao V6N3 e aviso autor: 12/05/2020
- Decisão editorial preliminar: 12/06/2020
- Retorno rodada de correções: 17/06/2020
- Decisão editorial final: 02/07/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ESCOBAR VEAS, Javier. The Dual Sovereignty Doctrine in the Case Law of the United States Supreme Court. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1503-1540, set.-dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.297>



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

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

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

Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais

Right (Subjective) to the Criminal Non-Prosecution Agreement and Judicial Control: Reflections in the Light of the Fundamental Rights Theory

Augusto César Leite de Resende¹

Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil
acresende@bol.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/5491873833306228>

 <http://orcid.org/0000-0003-1719-8685>

RESUMO: A Lei nº 13.964/2019, denominada de “Pacote Anticrime”, regulamentou o instituto despenalizador do “Acordo de Não Persecução Penal”. Com a vigência da legislação relativa ao benefício legal, instaurou-se no cenário jurídico nacional grande controvérsia acerca da natureza jurídica do novo instituto e sobre a possibilidade de controle jurisdicional da recusa do Ministério Público em oferecê-lo. Por essa razão, o presente artigo científico tem por objetivo analisar, a partir de uma pesquisa dedutiva, bibliográfica e legislativa, a natureza jurídica do “Acordo de Não Persecução Penal” e sobre a possibilidade de controle jurisdicional da recusa do Ministério Público em propor ao investigado tal benefício, à luz da teoria dos direitos fundamentais. Para concluir, ao final, que o “Acordo de Não Persecução Penal” é direito subjetivo da pessoa investigada e que o Poder Judiciário pode controlar a legalidade do ato de recusa do benefício pelo Ministério Público, concedendo-o se atendidos os requisitos legais.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina - UNISUL. Professor de Direitos Humanos e Fundamentais do Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes – UNIT. Promotor de Justiça em Sergipe.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à liberdade de locomoção; Acordo de Não Persecução Penal; Direito subjetivo; Controle judicial.

ABSTRACT: Act N. 13.964/2019, called the "Anti-Crime Package", regulated the decriminalizing institute of the "Criminal Non-Prosecution Agreement". With the legislation on the legal benefit in force, arise a great controversy in the national legal scene about the legal nature of the new institute and about the possibility of judicial control of the refusal of the Ministry for Public Affairs to offer it. For this reason, the purpose of this scientific article is to analyze, based on deductive, bibliographic and legislative research, the legal nature of the "Criminal Non-Prosecution Agreement" and on the possibility of judicial control over the refusal of the Ministry for Public Affairs to propose to the investigated such a benefit, in the light of the theory of fundamental rights. To conclude, in the end, that the "Criminal Non-Prosecution Agreement" is the subjective right of the investigated person and that the Judiciary can control the legality of the act of refusing the benefit by the Public Ministry, granting it if the legal requirements are fulfilled.

KEYWORDS: Fundamental right to freedom of movement; Criminal Non-Prosecution Agreement; Subjective right; Judicial review.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direito fundamental à liberdade de locomoção; 2. Direito subjetivo ao Acordo de Não Persecução Penal; 3. Controle judicial do Acordo de Não Persecução Penal; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, através da Resolução n° 181/2017, a figura despenalizadora do "Acordo de Não Persecução Penal", que teve sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação dos Magistrados do Brasil, por meio das ações direta de inconstitucionalidade de número 5.790 e 5.793, sob o argumento de que o Conselho Nacional do Ministério Público não tem competência para legislar sobre matéria processual penal. Posteriormente, a Lei n° 13.964/2019, denominada

de “Pacote Anticrime”, inseriu no Código de Processo Penal o art. 28-A, que versa sobre o instituto já mencionado, entrando em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

Com a vigência da legislação relativa ao “Acordo de Não Persecução Penal”, instaurou-se no cenário jurídico nacional grande controvérsia acerca da natureza do novo instituto e sobre a possibilidade de controle jurisdicional da recusa do Ministério Público em oferecê-lo.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE), associação nacional, sem fins lucrativos, da qual fazem parte os Procuradores-Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, e criada com o objetivo de defender os princípios, prerrogativas e funções institucionais do Ministério Público², aprovou enunciados produzidos pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM) que visam orientar os membros do Ministério Público brasileiro na interpretação da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)³.

Diante das incertezas e dúvidas existentes quanto à aplicação da chamada Lei Anticrime, os enunciados acima mencionados têm forte força persuasiva sobre a conduta funcional dos membros do Ministério Público, na medida em que espelham o pensamento jurídico do Ministério Público brasileiro sobre os dispositivos da novel legislação penal e processual penal, notadamente quanto ao “Acordo de Não Persecução Penal”, especificamente no que se refere à natureza do instituto e à exigibilidade judicial do direito, permitindo-se, com isso, a construção de uma visão “institucionalizada” e, possivelmente, parcial da medida.

Em suma, o “Acordo de Não Persecução Penal” é direito subjetivo do investigado? O Poder Judiciário pode conceder, ainda que à revelia do *Parquet*, titular da ação penal, o benefício do “Acordo de Não Persecução Penal”? Assim, o presente artigo científico tem por objetivo analisar a natureza jurídica do “Acordo de Não Persecução Penal” e

² Disponível em: <https://www.cnpge.org.br/index.php/quem-somos/o-que-e-o-cnpge>. Acesso em: 18 de fev. 2020.

³ Disponível em: <https://www.mpse.mp.br/index.php/2020/01/24/cnpge-aprova-enunciados-produzidos-pelo-gnccrim-para-orientar-a-atuacao-dos-membros-do-mp-sobre-a-lei-anticrime/>. Acesso em: 18 fev. 2020.

sobre a possibilidade de controle jurisdicional da recusa do Ministério Público em propor ao investigado tal benefício, à luz da teoria dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, analisar-se-á a fundamentalidade formal e material do direito à liberdade de locomoção. Em seguida, tratar-se-á da natureza do instituto do “Acordo de Não Persecução Penal” enquanto direito subjetivo do investigado. Por fim, refletir-se-á sobre a possibilidade do controle judicial da recusa do Ministério Público em oferecer ao interessado o benefício.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se de argumentos gerais, aceitos como verdadeiros, para, em seguida, chegar à proposição objetivada na presente pesquisa científica. A tipologia de pesquisa será a bibliográfica e a documental, mediante análise da legislação em vigor e de material doutrinário já publicado, especialmente livros, teses e artigos científicos.

Ao final, conclui-se que o “Acordo de Não Persecução Penal” é direito subjetivo da pessoa investigada e que o Poder Judiciário pode exercer o controle de legalidade do ato de recusa do benefício pelo Ministério Público, concedendo-o, por consequência, ao interessado.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

Os direitos fundamentais podem ser classificados em: direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais. A fundamentalidade formal dos direitos está, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, diretamente relacionada ao direito constitucional positivo e resulta do regime jurídico especial de proteção estabelecido pela Constituição⁴, regime este que os alça à condição de direitos de natureza constitucional, de limites ao poder constituinte derivado reformador e de normas diretamente aplicáveis⁵.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 78.

⁵ *Ibidem*, p. 75-76.

Os direitos fundamentais meramente formais são aqueles reconhecidos como tais pela Carta Magna⁶, independentemente de seu conteúdo⁷. Nesse sentido, tem-se que são direitos formalmente fundamentais, embora alguns também sejam materialmente fundamentais, os positivados no Título II da Constituição Federal de 1988, quais sejam: a) direitos e deveres individuais; b) direitos e deveres coletivos; c) direitos sociais; d) direitos à nacionalidade; e e) direitos políticos.

De qualquer forma, registre-se que o rol do referido Título II da Carta Magna não é taxativo, eis que existem direitos material e formalmente fundamentais dispersos na Constituição, vale dizer, para além dos artigos 5º a 17 do Texto Constitucional⁸. Os direitos fundamentais não são apenas aqueles consagrados e reconhecidos formalmente na Constituição, uma vez que esta admite a existência dos chamados direitos materialmente fundamentais, que poderão ser identificados a partir do conceito aberto de direitos fundamentais adotado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Tal dispositivo constitucional possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional ou em tratados internacionais e até mesmo na identificação de direitos fundamentais não-escritos, sejam eles implícitos na Carta Magna ou decorrentes do regime e princípios adotados por ela, Constituição⁹.

A definição de direito fundamental, proposta por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰, permite ao intérprete a identificação e, conseqüentemente, a efetivação e a proteção de direitos formal e materialmente fundamentais, direitos apenas formalmente fundamentais e direitos fundamentais exclusivamente materiais.

Porém, a identificação e a caracterização de um direito dotado de fundamentalidade material não são tarefas fáceis para o intérprete e

⁶ Ibidem, p. 76.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 117.

⁹ Ibidem, p. 76.

¹⁰ Ibidem, p. 78.

aplicador do direito, pois não decorrem apenas da simples leitura do texto constitucional, eis que “somente uma análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material”¹¹.

Assim, reconhecem-se direitos que, apesar de não positivados formalmente no rol do Título II da Constituição Federal, por seu conteúdo, importância e significado, podem ser considerados fundamentais e, por isso mesmo, inseridos na Carta Constitucional, produzindo todos os efeitos jurídicos¹².

A regra do art. 5º, § 2º, da Constituição da República traduz a ideia de que além de um conceito formal de Constituição há um conceito material¹³, no sentido de que a constitucionalização contemporânea do direito, fortemente influenciada pelo pós-positivismo, não se limita ao texto formal e expresso da Constituição, abarcando princípios implícitos e os tratados internacionais de direitos humanos¹⁴, que passam a ser elementos integrantes da Constituição material, conceituada por José Joaquim Gomes Canotilho como:

[...] o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. Ao contrário do que muitas vezes se pensa e vê escrito, a constituição material não se reconduz a um simples “poder de facto” (“relações de poder e influência”, “facto político puro”), pois a constituição material tem também uma função ordenadora. A chamada força normativa de constituição (K. Hesse) pressupõe, a maior parte das vezes, a vontade de constituição, ou seja, a explicitação na constituição

¹¹ Ibidem, p. 76.

¹² Ibidem, p. 80.

¹³ Ibidem, p. 80.

¹⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 21 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9/>. Acesso em: 10 fev. 2020.

escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material¹⁵.

A Constituição material é composta pelas normas relativas à estrutura do Estado, à organização dos poderes e aos direitos e garantias fundamentais¹⁶ e permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não elencados no Título II da Carta Magna e aos direitos humanos positivados em tratados internacionais.

A Constituição é um sistema aberto de regras e princípios¹⁷ que vai além da Constituição formal, fruto do poder constituinte. A Carta Magna de 1988 reconhece expressamente, em seu art. 5º, § 2º, a existência de outras fontes do direito fora da própria Constituição¹⁸, o que possibilita a incorporação ao direito brasileiro de normas constitucionais não expressas no texto constitucional. A esse respeito Estefânia Maria de Queiroz Barboza ensina:

No Brasil, é possível identificar a existência de uma Constituição invisível especialmente no que diz respeito aos princípios implícitos, aos princípios gerais do direito e aos direitos humanos e fundamentais, tendo em vista o que estabelece o art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional¹⁹.

A abertura do sistema constitucional impede que a dedução de direitos fundamentais implícitos ou decorrentes possa ser realizada unicamente a partir de uma visão cartesiana-reducionista do ordenamento jurídico e da ciência jurídica, eis que o Direito, enquanto objeto e conhecimento, é aberto e, por isso, influencia e é influenciado pelos demais

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.139.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204.

¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178.

¹⁹ *Ibidem*, p. 179.

campos do conhecimento científico e pelo ambiente em que se insere, razão pela qual deve ser compreendido indissociavelmente de seu contexto²⁰.

As normas jurídicas, que estão dentro do sistema jurídico, têm o seu conteúdo dependente de interações com o meio e com os outros sistemas sociais²¹. Assim,

[...] o significado de determinadas normas jurídicas pode depender, em maior ou menor medida, de elementos que pertencem ao ambiente do sistema jurídico [...] em casos como esse, a compreensão do sistema depende da compreensão do meio – inclusive, eventualmente, de compreensão cientificamente especializada não jurídica²².

O significado dos textos normativos, inclusive os relacionados a direitos fundamentais, emerge das interações existentes no interior do sistema jurídico-normativo e entre o sistema jurídico, o ambiente e os demais sistemas sociais, sendo insuficiente a compreensão dos textos normativos unicamente através da análise científica do ordenamento jurídico²³.

A interpretação dos enunciados normativos não depende apenas do texto, mas da sua conversação com outros dispositivos jurídicos, com os demais saberes científicos e com o contexto histórico, social, cultural, econômico e político, de modo que esses fatos não podem ser compreendidos isoladamente²⁴.

Não é por outro motivo que os direitos fundamentais são variáveis no tempo e no espaço, aliado ao fato de que a cláusula de abertura material do art. 5º, § 2º propicia um processo permanente de identificação de novos

²⁰ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 47.

²¹ FOLLONI, André. Ainda o reducionismo no direito. Disponível em: <https://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 11 fev. 2020.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ FOLLONI, André. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento tributário. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Coord.). *Direito Tributário*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 194-215, p. 206-207.

direitos²⁵ e de transformação de conteúdo dos velhos direitos. Além do mais, a dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito fundamental²⁶, mas, enquanto princípio estruturante do Estado brasileiro, é a fonte e o fundamento dos direitos fundamentais²⁷ e dos direitos humanos²⁸. O jurista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida²⁹.

O princípio da dignidade da pessoa humana atua como critério de identificação de direitos materialmente fundamentais eventualmente existentes na ordem jurídica do Brasil, de modo que é verdadeira “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando-lhes unidade e coerência”³⁰. E nesse

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 85.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

²⁷ Ressalte-se que nem todos os direitos fundamentais estão diretamente fundados na dignidade humana (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 97). Tema que aqui não será desenvolvido porque fugiria dos propósitos do presente artigo científico.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 95.

²⁹ *Ibidem*, p. 73.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 110.

contexto, pode-se afirmar que há, no ordenamento jurídico brasileiro, um verdadeiro direito fundamental material e formal à liberdade de locomoção, nos termos do art. 5º, inciso XV, da Carta Constitucional, que é uma das mais importantes e elementares liberdades individuais da pessoa humana³¹.

2. DIREITO SUBJETIVO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Vinicius Vasconcellos define a justiça penal consensual como um “[...] modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes”³².

A partir da definição acima exposta, percebe-se que o “Acordo de Não Persecução Penal”, inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019, amplia a justiça consensual no âmbito do processo penal brasileiro, somando-se à transação penal e à suspensão condicional do processo criminal³³, tendo sido importado do *plea bargaining* anglo-americano³⁴.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 532.

³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 322.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Hígyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 18 abr. 2020.

³⁴ RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, v. 161, p. 249-276, 2019, p. 259.

O novel instrumento despenalizador é um instrumento voltado à obtenção do consenso entre o Ministério Público e o sujeito passivo da persecução penal, aumentando, desse modo, a justiça consensual penal no Brasil³⁵. A esse respeito, “[...] atualmente existem no processo penal brasileiro alguns institutos que se caracterizam como acordos entre acusação e defesa a partir do consentimento do réu: transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal e colaboração premiada”³⁶. Diante da marca consensual do “Acordo de Não Persecução Penal”, há quem afirme, inclusive, tratar-se de um negócio jurídico que obsta o oferecimento da denúncia³⁷.

Nesse contexto, com a sua criação normativa, instalou-se controvérsia acerca na natureza jurídica do “Acordo de Não Persecução Penal” no cenário nacional, de um lado há aqueles que defendem que o assim designado ANPP é direito subjetivo do investigado e de outro lado existem posições que sustentam se tratar apenas de uma faculdade do Ministério Público e não propriamente um direito público subjetivo do interessado oponível contra o Estado.

Higyna Josita e Lopes Jr. sustentam que as regras e a princiologia próprias da suspensão condicional do processo podem ser aplicadas, no que couber, ao “Acordo de Não Persecução Penal”, uma vez que os dois institutos são instrumentos de promoção da justiça criminal consensuada, de modo que o referido benefício legal é uma mera faculdade do Ministério Público, não se constituindo em um direito subjetivo, ainda que o acusado atenda os requisitos legais do

³⁵ ANDRADE, Mauro F.; BRANDALISE, Rodrigo S. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017, p. 243.

³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para a ampliação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

³⁷ CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 23-41, jul./dez/ 2019, p. 37.

benefício, devendo, porém, a recusa ser fundamentada pelo órgão acusador³⁸.

Emerson Garcia, ao analisar o instituto do “Acordo de Não Persecução Penal” sob a égide da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, afirmou claramente que “a celebração do acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, não um direito subjetivo do réu”³⁹.

Américo Bêde Júnior e Alexandre de Castro Coura lecionam que não é possível afirmar a existência no sistema jurídico brasileiro de um direito subjetivo do acusado ao acordo de colaboração premiada, por entenderem que a “lógica do acordo parte da premissa da disponibilidade do oferecimento de proposta, que possui caráter eminentemente funcional, do ponto de vista da produção de provas lícitas e úteis ao autor da ação penal”⁴⁰, raciocínio este que pode ser perfeitamente aplicável ao “Acordo de Não Persecução Penal”.

A partir da premissa da natureza consensual da suspensão condicional do processo, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que é imprescindível o assentimento do Ministério Público para a sua concessão e da da transação penal, não podendo o Poder Judiciário conceder tais benefícios à revelia do titular da ação penal, não se revelando, portanto, direitos subjetivos do acusado⁴¹.

Nessa perspectiva, poder-se-ia utilizar a *ratio* da decisão do Pretório Excelso para justificar que o “Acordo de Não Persecução Penal” não seria direito público subjetivo do investigado, tendo-se em vista a natureza

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 18 abr. 2020.

³⁹ GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 68, p. 39-42, abr./jun. 2018, p. 42.

⁴⁰ BÊDE JÚNIOR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, p. 149-159, jul. 2016, n.p.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.438, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 10.02.2015.

consensual no novo instituto e a titularidade da ação penal ser, nos casos de crime de ação penal pública, do Ministério Público.

Porém, sob as bases de uma hermenêutica constitucional e da leitura do art. 28-A do Código de Processo Penal conforme os direitos fundamentais, o “Acordo de Não Persecução Penal” se revela uma posição jurídica que decorre do direito fundamental à liberdade de locomoção, constituindo-se, portanto, em direito público subjetivo do investigado.

Um “direito fundamental completo é um feixe de posições de direitos fundamentais”⁴², o que significa dizer que “os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes de mais diversa natureza”⁴³. Na lição de Daniel Wunder Hachem e de Alan Bonat, é possível distinguir um direito fundamental “como um todo” e as pretensões jurídicas que decorrem desse direito⁴⁴.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático)”⁴⁵ e, nesse diapasão, “abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica”⁴⁶, vale dizer, “trata-se do bem jurídico protegido”⁴⁷.

O âmbito de proteção diz “respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*”⁴⁸, alcançando, portanto, atos, fatos, estados e posições jurídicas que podem ser extraídos e, desse modo, protegidos

⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 249.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 159.

⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O ensino médio como parcela do direito ao mínimo existencial. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 144-176, jan./jun. 2016, p. 149.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 404.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 405.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 405.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

pela norma de direito fundamental⁴⁹. E o direito fundamental à liberdade de locomoção, na qualidade de um direito fundamental completo ou “como um todo”, é positivado na Constituição Federal de 1988 de modo aberto e genérico, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade individual de ir e vir, abarcando, portanto, um feixe complexo de posições subjetivas⁵⁰. O seu âmbito de proteção alcança, destarte, todas as condutas e institutos que promovam ou ampliem de alguma maneira a esfera de liberdade de circulação do indivíduo.

A liberdade de locomoção compreende, parafraseando Robert Alexy⁵¹, todas as ações, características e posições jurídicas, inclusive aquelas criadas pelo direito infraconstitucional que proporcione o direito de ir e vir das pessoas humanas, sobretudo porque compete ao Estado dar condições materiais de exercício do referido direito fundamental, especialmente nas esferas da organização e do procedimento⁵², como são as regulamentações normativas relativas à prisão e aos benefícios despenalizadores.

Deste modo, o assim designado “Acordo de Não Persecução Penal”, criado, inicialmente, em 2017, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, e, atualmente, instituído pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, encontra-se compreendido no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] o âmbito de proteção de um direito fundamental não é determinado pela mera designação do bem protegido (dignidade humana, vida, integridade corporal etc.), mas será obtido, em geral, mediante a cuidadosa interpretação e análise, que leve em conta todos os elementos do suporte fático, visto que apenas quando da determinação do âmbito de proteção do direito, estará definido se alguma situação ou bem jurídico se encontra jusfundamentalmente

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficiência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 72.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 533.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 303.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 534.

assegurada, assim como será possível determinar qual ou mesmo quais direitos fundamentais estão em causa⁵³.

O processo penal brasileiro passa por mudanças mediante a ampliação dos institutos de justiça negocial e, não é por outro motivo que, a Lei nº 13.964/2019 tem como um dos seus principais pilares a ampliação da justiça criminal consensual no Brasil⁵⁴, especialmente com a institucionalização do Acordo de Não Persecução Penal, que impede o início da ação penal em desfavor do autor do fato criminoso e, se cumpridas as suas condições, acarreta a extinção da punibilidade.

Com efeito, o direito processual penal brasileiro é regido pela regra da obrigatoriedade da ação penal pública, que pode ser, na lição de Vinicius Vasconcellos, excepcionada, de acordo com as hipóteses e condições previstas na legislação⁵⁵. O art. 28-A do Código de Processo Penal criou mais um espaço de oportunidade ou, em outras palavras, não obrigatoriedade da ação penal pública, na medida em que permite ao Ministério Público, não sendo o caso de arquivamento, abster-se de iniciar a persecução criminal, desde que presentes os requisitos para a concessão do “Acordo de Não Persecução Penal”.

Consagra-se, destarte, o princípio da “oportunidade legalmente regulada”⁵⁶, uma vez que se está diante de um mecanismo consensual em que o decurso da persecução penal não segue seu transcurso legalmente estabelecido, em razão de um acordo entre as partes⁵⁷ e não por causa da vontade exclusiva do Ministério Público.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 408.

⁵⁴ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a lei 13.964/2019. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir (Orgs.). *Lei anticrime comentada*. LEME: JH Mizuno, 2020, p. 129-204, p. 129.

⁵⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 58.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 58.

A partir das premissas acima indicadas, afirma-se que a esfera normativa do art. 5º, inciso XV, da Carta Constitucional de 1988 abrange o benefício legal do “Acordo de Não Persecução Penal”, na medida em que se trata de instrumento despenalizador, impeditivo da persecução penal em juízo e, desse modo, obstante da imposição da pena privativa de liberdade. O instituto amplia a esfera de proteção da liberdade de locomoção da pessoa, conferindo-lhe obstáculos ou *guard rails* ao seu cerceamento em virtude da prática de crime sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos.

O “Acordo de Não Persecução Penal”, enquanto posição jurídica integrante do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de circulação, apresenta uma estrutura triádica, composta por um sujeito ativo, o investigado; um sujeito passivo, o Estado; e um objeto, que é a conduta prescrita pela norma jurídica, no caso, o art. 28-A do Código de Processo Penal, que deve ser realizada pelo Ministério Público a favor do investigado, revelando-se, assim, como um direito que tem o sujeito ativo suscetível de ser exercido sobre o sujeito passivo⁵⁸.

A ampliação da justiça criminal consensual com o chamado ANPP não impede o seu reconhecimento como direito público subjetivo do autor do fato. Afirmar que o “Acordo de Não Persecução Penal” é um ato negocial e, concomitantemente, um direito subjetivo do investigado não é contraditório. A partir da lição de Nereu Giacomolli, sobre a natureza jurídica da suspensão condicional do processo penal, percebe-se que a essência do novel benefício legal não reside na bilateralidade, apesar de o acordo depender, a princípio, do consenso entre o órgão acusador e o investigado, uma vez que se o Ministério Público não o tiver proposto, quando presente os requisitos legais, a defesa poderá postulá-lo em juízo⁵⁹.

A Lei nº 13.964/2019 estabeleceu os requisitos do “Acordo de Não Persecução Penal”. Segundo o art. 28-A do Código de Processo Penal, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal

⁵⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, pos. 1589. *Kindle*.

⁵⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais*: Lei 9.099/95: abordagem crítica. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 201.

e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor o benefício legal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. A propósito:

Os requisitos legais são de índole subjetiva e objetiva:

- a) não ser cabível o arquivamento do caso;
- b) tratar-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça contra pessoa;
- c) tratar-se de crime com pena mínima inferior a 4 anos de prisão;
- d) haver confissão formal e circunstanciada do investigado;
- e) o acordo representar uma solução “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”;
- f) não ser cabível a transação penal da Lei 9.099/1995;
- g) não ser o investigado reincidente ou criminoso “profissional”;
- h) não ter sido o investigado beneficiado por outro acordo penal nos 5 anos anteriores à prática da infração penal;
- i) não se tratar de crime de violência doméstica ou familiar ou de gênero⁶⁰.

Se preenchidos todos os requisitos legais, o Ministério Público tem o dever de oferecer a proposta de “Acordo de Não Persecução Penal”, eis que se trata de direito subjetivo do investigado. É grande a controvérsia sobre a natureza jurídica do instituto processual consensual retromencionado, havendo vozes, como dito alhures, que sustentam que “o acusado não tem direito subjetivo ao acordo de não persecução penal”⁶¹ ou que “o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público”⁶².

⁶⁰ Ibidem, p. 156.

⁶¹ Ibidem, p. 170.

⁶² Enunciado N.º 19 editado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União – CNPG. Disponível em: https://www.cnp.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em 10 fev. 2020.

O “Acordo de Não Persecução Penal” é um instituto que, como já antes ressaltado, insere-se no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção, de modo que é defeso ao Ministério Público, enquanto órgão do Estado, promover restrições arbitrárias e subjetivas ao gozo do direito.

Os direitos fundamentais se apresentam como direitos de defesa e como direitos a prestações, sendo que estes últimos se subdividem em direitos de prestação fática e de prestação jurídica. A diferença entre direitos de defesa e direitos de prestação reside no comando prescritivo das normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais, ou seja, nas obrigações ou proibições que recaem sobre os destinatários dos direitos fundamentais⁶³.

Na qualidade de direitos de defesa, os direitos fundamentais impõem ao Estado um dever de abstenção, proibindo-o de praticar atos de ingerência ou restrição na autonomia pessoal e na propriedade privada⁶⁴. O papel dos direitos fundamentais, nessa condição, é a de assegurar ao indivíduo a possibilidade de realizar ou não uma ação de acordo com sua vontade, respeitados os limites legais e constitucionais⁶⁵. Cria-se, assim, uma esfera de proteção à liberdade pessoal imune à atividade estatal abusiva, isto é, contrária à Constituição⁶⁶.

Por outro lado, na condição de direitos prestacionais, os direitos fundamentais obrigam a Administração a implementar os meios e as condições necessárias para que as pessoas possam efetivamente exercer suas liberdades fundamentais⁶⁷. São direitos que se realizam por meio do Estado⁶⁸, exigindo-se, portanto, do Poder Público uma postura ativa no sentido de executar prestações fáticas e jurídicas em favor dos indivíduos.

⁶³ CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010, p. 19.

⁶⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e de Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

⁶⁵ CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010, p. 17.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 175.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 191.

⁶⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e de Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63.

O direito à liberdade de locomoção opera, concomitantemente, como um direito de defesa e como um de direito de prestação, possuindo, portanto, dupla dimensão positiva e negativa⁶⁹. Nessa esteira, o Ministério Público não pode deixar de propor o “Acordo de Não Persecução Penal” ao interessado se presentes todos os requisitos legais do benefício, sob argumento de conveniência e oportunidade para a promoção da ação penal em juízo, sendo-lhe vedado criar obstáculos arbitrários e, especialmente, subjetivos à celebração do acordo. O direito à liberdade de locomoção não é absoluto. Porém, enquanto direito de hierarquia constitucional, somente pode ser restringido por normas constitucionais ou em virtude delas⁷⁰. Os direitos fundamentais podem ser limitados e restringidos em caráter geral pela própria Constituição ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada pela Carta Magna, bem como por outros direitos fundamentais ou por bens constitucionalmente tutelados, independentemente de expressa autorização constitucional para a restrição⁷¹. As colisões entre direitos fundamentais ou conflitos entre esses direitos e outros bens constitucionais legitimam o estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva constitucional expressa nesse sentido⁷².

No que se refere ao “Acordo de Não Persecução Penal”, a legislação processual penal regulamentou a forma de exercício do benefício, estabelecendo, inclusive, os seus requisitos, o que é perfeitamente compatível com a Constituição Federal⁷³. Porém, a negativa do “Acordo de Não Persecução Penal”, quando atendidos seus pressupostos legais, caracteriza clara atividade erosiva do Estado ao direito de liberdade do

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 533-534.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 409-410.

⁷² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010, p. 547.

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficiência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104-105.

investigado, que ficará sujeito à imposição de pena privativa de liberdade ao final da ação penal.

É verdade que a legislação ordinária conferiu ao Ministério Público certa liberdade interpretativa para analisar, em um primeiro momento, o requisito subjetivo da “suficiência do acordo para a prevenção e repressão do crime”, uma vez que se está diante de um conceito jurídico indeterminado⁷⁴, isto é, vago ou ambíguo, cujo significado será construído a partir das circunstâncias do caso concreto. Mas mesmo nesse caso, a análise não é e não deve ser solipsista, que acaba, como adverte Lênio Luiz Streck, “em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um mundo jurídico em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém”⁷⁵.

O membro do Ministério Público deve suspender seus pré-juízos para interpretar a legislação⁷⁶, mais precisamente o art. 28-A do Código de Processo Penal. A atribuição de sentido aos pressupostos legais do “Acordo de Não Persecução Penal” não é um ato de escolha do órgão acusador a partir do seu sentido de justiça pessoal, ideologia ou crença religiosa ou política⁷⁷, isto é, “ele não está autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária”⁷⁸. Para tanto, deve ser orientado pela ideia do direito como integridade. Nas palavras de Ronald Dworkin: “Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica”⁷⁹.

⁷⁴ Karl Engisch define conceito jurídico indeterminado como aquele “conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado, 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 208).

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173, jan./abr. 2010, p. 162.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: hermenêutica*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 22-23.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 58.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

A história é particularmente importante para a concepção do direito como integridade porque “os direitos e deveres decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem coerção”⁸⁰. O direito é prática interpretativa, que deve levar em consideração a história institucional da comunidade, a partir da ideia de romance em cadeia, de modo que a interpretação do direito aplicável ao caso concreto deve se filiar à cadeia histórica de decisões políticas e jurídicas⁸¹, levando-se em consideração, portanto, a Constituição, a legislação infraconstitucional, os precedentes e as circunstâncias peculiares do caso concreto.

Parafraseando Aury Lopes Júnior, a liberdade interpretativa do Ministério Público deve conviver com o direito público subjetivo do investigado, de modo que, ao *Parquet*, cabe unicamente analisar se estão preenchidos os requisitos legais e negociar sobre as condições a serem estabelecidas, propondo ao interessado, cumulativa ou alternativamente, por exemplo, a reparação do dano, pagamento de prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, não lhe competindo decidir sobre o cabimento ou não do “Acordo de Não Persecução Penal”⁸².

O “Acordo de Não Persecução Penal” pauta-se, enquanto instrumento de exercício da justiça criminal negocial, “pelo incentivo da participação dos atores processuais, na busca de uma convergência de vontades”⁸³ e, nesse contexto, se presentes os pressupostos legais, o Ministério Público tem o dever de negociar com o investigado os termos do acordo, embora se reconheça, com esopeque em Nereu Giacomolli⁸⁴, que nem sempre o acordo representará um convênio entre as partes,

⁸⁰ Ibidem, p. 273-274.

⁸¹ VIANA, Ulisses Schwarz. O direito no pensamento de Dworkin. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges (orgs.). *Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 17-35, p. 31.

⁸² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 759.

⁸³ ⁸³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 56.

⁸⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 202.

pois poderá ser concedido pelo Poder Judiciário a partir da postulação da defesa, conforme se verá mais adiante.

A interpretação do art. 28-A do Código de Processo Penal e, por consequência, a decisão do órgão acusador quanto ao cabimento ou não do “Acordo de Não Persecução Penal” deve tomada com base unicamente em argumentos jurídicos, afastando-se senso pessoal de justiça ou de visão de mundo do membro do Ministério Público. Nesse contexto, a interpretação do dispositivo legal acima mencionado deve se basear no princípio de interpretação extensiva dos direitos fundamentais e o princípio de interpretação restritiva das limitações aos direitos fundamentais, de modo a estender protetivamente o campo de aplicação dos direitos reconhecidos⁸⁵, inclusive o “Acordo de Não Persecução Penal”. Nessa esteira, há uma verdadeira presunção de que o benefício legal é suficiente para a prevenção e repressão do crime, recaindo sobre o Estado, isto é, sobre o Ministério Público o ônus de demonstrar, hermenêutica, exaustiva e justificadamente, no caso concreto, que a medida despenalizadora não é suficiente para a repressão e prevenção do delito. Em suma: o ônus argumentativo é do Estado e não do investigado.

Se a medida, à luz das peculiaridades do caso, não for suficiente para a prevenção e repressão do crime, estar-se-á diante da ausência de um dos requisitos legais para o não oferecimento da proposta de não persecução penal. A negativa não recai sobre a justificativa que não se trata de um direito subjetivo, mas na ausência de um dos requisitos legais exigidos para a concessão do benefício.

Enfim, não há para o Ministério Público uma faculdade e muito menos discricionariedade, a partir de critérios de conveniência e oportunidade, para a concessão ou não do “Acordo de Não Persecução Penal”, eis que se presentes os requisitos objetivos e subjetivos a formulação da proposta é obrigatória, sob pena de constrangimento ilegal, competindo, destarte, ao Estado demonstrar a ausência dos requisitos legais autorizadores do “Acordo de Não Persecução Penal”.

⁸⁵ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 61-89, jan./abr. 2019, p. 70.

3. CONTROLE JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Supremo Tribunal Federal tem firme posição de que não cabe ao Poder Judiciário conceder, à revelia do Ministério Público, titular da ação penal, os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo⁸⁶, por entender que tais benefícios dependem do assentimento do Ministério Público, que está estreitamente conectado à titularidade da ação penal pública, que a Constituição confiou a ele com exclusividade. Com base nisso, parte da literatura jurídica nacional ensina que “havermos de reconhecer que também para o ANPP a titularidade é exclusiva do Ministério Público e, por conta disso, não pode haver acordo de não persecução sem a anuência do Parquet e do investigado”⁸⁷.

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendimento consolidado no sentido de que “a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto”⁸⁸.

As posições contrárias ao controle jurisdicional partem da premissa de que a suspensão condicional do processo, a transação penal e o “Acordo de Não Persecução Penal” são institutos próprios da justiça penal consensual, de modo que o magistrado, para manter sua imparcialidade, deve-se manter distante das negociações e como a Constituição conferiu a titularidade da ação penal ao Ministério Público, cabe com exclusividade

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 696*. “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>. Acesso em: 15 fev. 2020.

⁸⁷ ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a lei 13.964/2019. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir (Orgs.). *Lei anticrime comentada*. LEME: JH Mizuno, 2020, p. 129-204, p. 171.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 504074/DF. Agravante: Rodrigo Cavalcante de Oliveira. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 13 de agosto de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília.

ao órgão ministerial analisar a possibilidade ou não de propor os referidos benefícios legais.

A Lei nº 13.964/2019 instituiu um controle judicial do “Acordo de Não Persecução Penal”, mas mitigado e insuficiente para a garantia do exercício da liberdade de locomoção do autor do fato. O art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal aduz textualmente que “no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”, ou seja, o magistrado, se for provocado pelo investigado, ordenará, caso não concorde com as razões lançadas pelo membro do *Parquet* para a recusa, a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, em se tratando de Ministério Público estadual, ou à Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, no caso do Ministério Público Federal. No entanto, a última palavra, seguindo a lógica do art. 28 do Código de Processo Penal, será sempre do Ministério Público⁸⁹.

Contudo, tal entendimento não merece prosperar porque impede a tutela judicial do direito fundamental à liberdade de locomoção do indivíduo, deixando-o à mercê de eventuais subjetivismos e arbitrariedades por parte do Ministério Público. Com efeito, a jurisdição constitucional foi inicialmente teorizada como mecanismo de garantia da supremacia do texto formal da Constituição⁹⁰, mas, no constitucionalismo contemporâneo do século XXI, a jurisdição constitucional se apresenta também como importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais.

As atrocidades perpetradas pelo nazismo e fascismo durante a da Segunda Guerra Mundial mostraram à comunidade jurídica que a legitimidade da lei e dos demais atos estatais não mais poderia ser aferida unicamente com base em sua regularidade formal, de modo que se faz mister também a análise da compatibilidade material dos atos do Estado com os direitos fundamentais positivados na Constituição⁹¹. Afinal,

⁸⁹ LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p. 5-20, 2019, p. 12.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 148.

⁹¹ ABBOD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

como diz Paulo Bonavides, “a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação de poderes”⁹². A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

[...] os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais⁹³.

Os direitos fundamentais são verdadeiros limites à atuação estatal e à deliberação democrática, de modo que, nesse contexto, a jurisdição constitucional passou a ter grande relevância como instrumentos de proteção e promoção de tais direitos. O juiz constitucional atua, através da interpretação dos textos normativos e da força de suas decisões, como garantidor da força normativa da Constituição e da efetividade dos direitos fundamentais.

Em síntese, o controle judicial dos atos estatais pode e deve ser utilizado para a salvaguarda dos direitos fundamentais⁹⁴. A jurisdição constitucional tem, portanto, a relevante missão de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão. Segundo Georges Abboud, as funções da justiça constitucional são:

- Limitar o Poder Público - último ponto em que ocorre o controle dos atos do Poder Executivo;

⁹² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004, p. 127.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 153.

⁹⁴ Não se desconhece a existência de corrente doutrinária defensora da chamada “democracia procedimental”, para quem o Poder Judiciário somente deve atuar para garantir o livre exercício da democracia ou dos direitos de participação política, de modo que o controle de constitucionalidade das leis seria antidemocrático. Neste sentido confira-se: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

- Garantir a existência das minorias e assegurar proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais que o Brasil seja signatário;
- Corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo, função que a jurisdição constitucional adquiriu em virtude do recrudescimento das decisões manipulativas e aditivas;
- Conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, mais precisamente da própria Constituição Federal, pela jurisprudência advinda da jurisdição constitucional, desde que consistentemente fundamentada⁹⁵.

A jurisdição constitucional funciona, assim, como instrumento de controle do poder estatal em prol dos direitos fundamentais e da dignidade humana. O processo constitucional tem nítido caráter contramajoritário porque se destina a limitar o poder da maioria em benefício dos direitos fundamentais, notadamente das minorias, que funcionam como verdadeiros trunfos contra a vontade da maioria⁹⁶, exteriorizada não somente nas leis infraconstitucionais, mas também nos atos praticados pelos agentes públicos, inclusive, membros do Ministério Público. Na lição de Ronald Dworkin,

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum⁹⁷.

A forma de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é justamente a nomeação, por livre escolha do Presidente da República, e não a eleição popular para que a Corte possa exercer

⁹⁵ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 110.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 115.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Néelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 208-209.

com imparcialidade e técnica jurídica o seu importante mister contra-majoritário, ainda que sua decisão possa desagradar grande parte da população nacional⁹⁸.

O processo de escolha dos Ministros da Corte Suprema os impe- de, em tese, de temer eventual insatisfação popular com suas decisões⁹⁹. Evidentemente que o Supremo Tribunal Federal poderá decidir em conformidade com a vontade da maioria, o que o Pretório Excelso não pode fazer é fundamentar suas decisões na opinião pública, posto que o Poder Judiciário decide, nos dizeres de Ronald Dworkin, com base em argumentos de princípios¹⁰⁰. A esse respeito:

[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais¹⁰¹.

Os órgãos do Poder Judiciário devem proferir suas decisões com base em argumentos princípios¹⁰² e, sempre que assim procederem, poderão legitimamente afastar a aplicação de uma decisão majoritária contrária a direitos fundamentais ou à dignidade humana, uma vez que, como ensina Conrado Hübner Mendes, “levar direitos a sério exige tê-los como trunfos

⁹⁸ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 117.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 28.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nélson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 132.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

¹⁰² Ronald Dworkin não aceita decisões judiciais proferidas com fundamento em argumentos de política, entendendo como tal “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nélson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36).

(*rights as trumps*) perante a maioria [...] um trunfo, nesta concepção, não permuta, não se negocia nem se barganha, mas se respeita”¹⁰³.

A democracia não se resume à vontade maioria, mas combina procedimento e substância, forma e conteúdo, eis que o procedimento não pode tomar qualquer decisão¹⁰⁴, mas somente aquela que respeite a dignidade humana e os direitos fundamentais. Assim, não se pode deixar a “última palavra” sobre a concessão ou não do “Acordo de Não Persecução Penal” ao Ministério Público, excluindo da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão ao direito fundamental à liberdade de locomoção.

As regras se aplicam por meio da subsunção, ou seja, se a regra é válida e estão presentes os pressupostos de fato que nela se subsumem, a regra deve ser aplicada. Nesse contexto, se preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público tem o dever de propor o “Acordo de Não Persecução Penal”. E em caso de omissão ilegal ou abusiva, a supremacia dos direitos fundamentais e da dignidade humana dão legitimidade ao controle judicial dos atos e omissões emanados do Ministério Público em descompasso com o direito fundamental à liberdade de circulação e princípios constitucionais, desde que os órgãos do Poder Judiciário profiram suas decisões com base em argumentos de princípios¹⁰⁵.

Em suma, a recusa do Ministério Público em oferecer o “Acordo de Não Persecução Penal” pode ser objeto de controle judicial por meio da garantia fundamental do *habeas corpus*, instrumento processual adequado para assegurar a plena efetividade do direito à liberdade de locomoção.

Negar a possibilidade de controle jurisdicional à recusa do Ministério Público caracteriza, inclusive, ilícito internacional da República Federativa do Brasil, ante a clara violação ao direito humano à proteção judicial, positivado no art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que diz que toda pessoa tem direito a um recurso simples e

¹⁰³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 37.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 34.

¹⁰⁵ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008, p. 161.

rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pelo próprio Pacto de San José da Costa Rica, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais, o que é o caso dos membros do Ministério Público brasileiro.

O art. 25 da Convenção Americana consagra o direito de acesso à justiça, impondo ao Estado o dever de garantir acesso à administração da justiça para a tutela de direitos humanos, dentre os quais se insere o direito à liberdade de circulação¹⁰⁶, ou seja, o Brasil tem a obrigação jurídica de oferecer, a todos os indivíduos submetidos à sua jurisdição, um procedimento jurisdicional efetivo contra atos atentatórios aos direitos humanos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica, aos direitos fundamentais catalogados na Carta Constitucional e aos direitos reconhecidos pela legislação ordinária¹⁰⁷.

O poder público tem a obrigação de garantir instrumentos judiciais simples, rápidos e efetivos para a proteção dos direitos da pessoa humana. Na lição de Flávia Piovesan e de Melina Girardi Fachin, o termo “recurso judicial”, consagrado no art. 25 do Pacto de San José da Costa Rica, deve ser compreendido amplamente para se referir a qualquer remédio jurisdicional adequado à defesa de um direito¹⁰⁸.

O “Acordo de Não Persecução Penal” é, como ressaltado alhures, uma medida despenalizadora, que incide sobre a punibilidade do agente e afasta a aplicação da sanção criminal, na medida em que o art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal dispõe que cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade.

¹⁰⁶ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 231.

¹⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*. Sentença de 3 de maio de 2016. Série C, N. 311, par. 233.

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 232.

Nesse contexto, a negativa arbitrária do Ministério Público em oferecer ao investigado o “Acordo de Não Persecução Penal” caracterizará clara violação ao direito à liberdade de locomoção do indivíduo, razão pela qual este deve ter à sua disposição meios judiciais céleres e efetivos que lhe permitam impugnar a conduta omissiva do agente do Ministério Público violadora de sua liberdade.

No Brasil, o remédio constitucional que pode ser utilizado pelo interessado para garantir o “Acordo de Não Persecução Penal” é o *habeas corpus*, nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, eis que se trata de ação judicial de natureza célere, simples e eficaz para combater ilegalidade ou abuso de poder que acarrete coação ou violência à liberdade de locomoção da pessoa.

Inadmissível, portanto, a tese segundo a qual não cabe ao Poder Judiciário conceder, à revelia do Ministério Público, titular da ação penal, o benefício do “Acordo de Não Persecução Penal”, ainda que seus requisitos legais estejam presentes no caso concreto, uma vez que “o Estado tem o dever de garantir um recurso efetivo quando violações forem cometidas pelos seus agentes, não podendo se furtar de aceitar ou prover remédios legais sob a alegação de que o agente cometeu o ato no estrito cumprimento de suas funções”¹⁰⁹.

E mais, o Poder Judiciário brasileiro poderá analisar, por força do art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os fundamentos fáticos e jurídicos alegados pelo Ministério Público para negar o “Acordo de Não Persecução Penal”, desde que submetidos à sua apreciação pelo interessado, sendo, deste modo, capaz de promover uma extensa revisão da decisão do *Parquet*, pois, como lecionam Flávia Piovesan e Melina Girardi Fachin:

[...] não há revisão judicial efetiva se o órgão judicial está impedido de determinar o objeto da controvérsia, como ocorre em casos em que o tribunal se declara limitado fática ou juridicamente à decisão do órgão administrativo. Desse modo, o recurso judicial deve ser capaz de promover uma extensa revisão de decisões administrativas, isto é, deve examinar todas as alegações e argumentos submetidos a seu conhecimento¹¹⁰.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 242.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 236.

O controle judicial dos atos do Ministério Público que afetem ou possam afetar direitos ou benefícios reconhecidos em favor de pessoas privadas de liberdade ou que possam vir a ser sancionadas com pena privativa da liberdade, especialmente a recusa do “Acordo de Não Persecução Penal”, é um direito humano consagrado no art. 25 da Convenção Americana, que deve ser realizado por juízes ou tribunais imparciais e independentes, sob pena de responsabilização da República Federativa do Brasil no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O “Acordo de Não Persecução Penal” é direito público subjetivo do autor do fato. Direito subjetivo significa, em síntese, o poder, conferido pelo direito objetivo, de alguém exigir algo a outrem, sendo inerentes à condição de direito subjetivo o poder de exigir a sua realização e a sua sindicabilidade judicial¹¹¹. Por sua vez, o termo direito subjetivo público se refere aos direitos dos cidadãos em face do Estado, regidos pelo direito público¹¹², inclusive, o direito processual penal. Vale dizer, os direitos públicos subjetivos atribuem

[...] ao cidadão, mediante previsões positivadas em lei, posições subjetivas que lhe resguardem um espaço de autonomia privada protegido contra a interferência estatal. As faculdades decorrentes de tais pretensões jurídicas permitem ao seu titular – o sujeito privado – exigir judicialmente a abstenção dos Poderes Públicos de invadir essa área de autonomia individual delimitada pelo próprio legislador¹¹³.

Nesse contexto, se presentes os pressupostos legais e o Ministério Público se recusar a negociar o “Acordo de Não Persecução Penal”, o Poder Judiciário tem a obrigação de garantir ao autor do fato o pleno e efetivo exercício de seu direito subjetivo, devendo o juiz propor o acordo¹¹⁴. A esse respeito,

¹¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019, p. 411.

¹¹² *Ibidem*, p. 413.

¹¹³ *Ibidem*, p. 414.

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyana. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com>.

Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz--ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional--acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional¹¹⁵.

O investigado tem direito ao benefício do acordo quando preenchidos os pressupostos legais, de modo que atribuir ao Poder Judiciário poder de propor o benefício não viola, conforme lição de Aury Lopes Júnior, o sistema acusatório desenhado pela Constituição Federal de 1988¹¹⁶, eis que ao Poder Judiciário cumpre, no exercício de suas funções típicas, o dever-poder de determinar aos órgãos e entidades públicas e, evidentemente, aos particulares, a correta observância do ordenamento jurídico nacional, mormente quando não atendidos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna¹¹⁷, inclusive o direito à liberdade de locomoção e as posições jurídicas dele decorrentes, dentre os quais, como já ressaltado alhures, destaca-se o direito público subjetivo ao “Acordo de Não Persecução Penal”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa teve por objetivo analisar, a partir de uma pesquisa dedutiva, bibliográfica e legislativa, sobre a natureza

br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal. Acesso em: 19 abr. 2020.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 768.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137. No mesmo sentido: RESENDE, Augusto César Leite de. *O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é doméstico: diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 260, 2019, p. 121.

jurídica do “Acordo de Não Persecução Penal”, criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181/2017, e, posteriormente, institucionalizada pela Lei nº 13.964/2019, denominada de “Pacote Anticrime”, que inseriu o referido instituto despenalizador no Código de Processo Penal.

Partiu-se da premissa de que o “Acordo de Não Persecução Penal” amplia a esfera de proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção, na medida em que afasta o *jus puniendi* do Estado e, por consequência, impede a aplicação da pena privativa de liberdade ao investigado que tenha preenchido os requisitos legais do benefício.

Nesse diapasão, o “Acordo de Não Persecução Penal” se revela verdadeiro direito subjetivo do investigado, de modo que o Ministério Público tem o dever de oferecer o benefício àquele que preencha os requisitos impostos pelo art. 28-A do Código de Processo Penal. E a omissão ilegal e abusiva do Ministério Público permite ao Poder Judiciário conceder, ainda que à revelia do *Parquet*, titular da ação penal, o benefício do “Acordo de Não Persecução Penal”, por se tratar de direito subjetivo do indivíduo e parcela do direito fundamental à liberdade de locomoção.

Os direitos fundamentais são verdadeiros limites à atuação do Estado, inclusive do Ministério Público, de modo que o controle judicial dos atos estatais pode e deve ser utilizado para a salvaguarda dos direitos da pessoa humana. Negar a possibilidade de controle jurisdicional à recusa do Ministério Público caracteriza, para além de ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, ilícito internacional da República Federativa do Brasil, ante a clara violação ao direito humano à proteção judicial, positivado no art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O referido dispositivo do Pacto de San José da Costa Rica diz que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela própria Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais, o que é o caso dos membros do Ministério Público brasileiro.

O art. 25 da Convenção Americana consagra o direito de acesso à justiça, impondo ao Estado o dever de garantir acesso à administração da justiça para a tutela de direitos humanos, ou seja, o Brasil tem a obrigação jurídica de oferecer a todos os indivíduos submetidos à sua jurisdição, um procedimento jurisdicional efetivo contra atos atentatórios aos direitos humanos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica, aos direitos fundamentais catalogados na Carta Constitucional e aos direitos reconhecidos pela legislação ordinária.

Assim, a recusa do Ministério Público em oferecer o “Acordo de Não Persecução Penal” pode ser objeto de controle judicial por meio da garantia fundamental do *habeas corpus*, instrumento processual adequado para assegurar a plena efetividade do direito à liberdade de locomoção. E, por consequência, o Poder Judiciário poderá conceder o benefício ao investigado, ainda que à revelia do Parquet, sempre que os requisitos legais estiverem presentes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, p. 61-89, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.5380/rinc.v6i1.57697>

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Mauro F.; BRANDALISE, Rodrigo S. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017, p. 243. <https://doi.org/10.22456/0104-6594.77401>

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a lei 13.964/2019. In: CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir (Orgs.). *Lei anticrime comentada*. LEME: JH Mizuno, 2020, p. 129-204.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BÊDE JÚNIOR, Américo; COURA, Alexandre de Castro. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 105, v. 969, p. 149-159, jul. 2016.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. <https://doi.org/10.1590/s0103-40142004000200007>

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Barcelona: Bosch Editor, 2010.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Acordo de não-persecução penal: constitucionalidade do método negocial no processo penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 23-41, jul./dez/ 2019. <https://doi.org/10.24861/2526-5180.v4i7.102>

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado, 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FOLLONI, André. Ainda o reducionismo no direito. Disponível em: <https://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em 11 fev. 2020.

FOLLONI, André. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento tributário. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Coord.). *Direito Tributário*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 194-215.

GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 68, p. 39-42, abr./jun. 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I, 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2019.113.08>

HACHEM, Daniel Wunder; BONAT, Alan. O ensino médio como parcela do direito ao mínimo existencial. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 18, p. 144-176, jan./jun. 2016. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v14i18.p144-176.2016>

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n56p151>

LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 18, n. 87, p. 5-20, 2019, p. 12.

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

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Hígyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala*. Sentença de 3 de maio de 2016. Série C, N. 311.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e de Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. *Kindle*.

RESENDE, Augusto César Leite de. *O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é doméstico: diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 260, 2019.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, v. 161, p. 249-276, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 21 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br>

com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9/. Acesso em: 10 fev. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficiência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: hermenêutica*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v15n1.p158-173>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para a ampliação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 166, p. 241-271, abr. 2020.

VIANA, Ulisses Schwarz. O direito no pensamento de Dworkin. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABBOUD, Georges (orgs.). *Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 17-35.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 09/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 20/03/2020
- Avaliação 1: 28/03/2020
- Avaliação 2: 30/03/2020
- Avaliação 3: 01/04/2020
- Decisão editorial preliminar: 17/04/2020
- Retorno rodada de correções: 28/04/2020
- Decisão editorial final: 03/05/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>



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

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

The authority to order search in a comparative perspective: a call for judicial oversight¹

A autoridade competente para determinar buscas e apreensões em perspectiva comparada: pela necessidade de controle judicial

Karolina Kremens²

University of Wrocław, Poland

karolina.kremens@uwr.edu.pl

 <http://orcid.org/0000-0002-2132-2645>

ABSTRACT: Searches are an example of investigative actions aimed at the discovery of evidence, and failures in conducting them lawfully and reasonably have a direct impact on the admissibility of evidence during a trial. But searches by their nature also significantly interfere with the rights of the individual, which makes them a coercive tool that can very easily deprive a person of their privacy and dignity. For that reason, provisions concerning search must be shaped in a way that will reconcile the effectiveness of the investigation with adequate protection against unlawful searches. One such safeguard is the question of the authority empowered to order searches that will successfully safeguard the rights of the individual. While it is a rule in some countries (e.g. USA and Germany) that the issuing of search warrants remains exclusively in the hands of the judge, some countries (e.g. Poland and Italy) vest that power in the hands of the prosecutor. However, since the majority of searches are conducted without a warrant, it is necessary

¹ This work is a result of the research project financed by the Polish National Science Center 2018/30/E/HS5/00338. The earlier version of this article has been presented during the 8th Annual Conference of the Younger Comparativists Conference of the ASCL held at the McGill Law School on May 10, 2019. I am grateful to all participants for their helpful comments.

² PhD in Law from the University of Wrocław (Poland) and LL.M. from the University of Ottawa (Canada). Assistant Professor at the Department of Criminal Procedure at the Faculty of Law, Administration and Economics (University of Wrocław, Poland).

to analyze in parallel whether the warrantless searches should be left solely to the discretion of the executing authority or whether they should be placed under the more careful scrutiny of another authority. This will be done with the aim of identifying solutions that provide the best protection for a person against unreasonable and disproportionate searches.

KEYWORDS: search; search warrant; criminal investigation; prosecutor; prosecutorial powers.

RESUMO: *Buscas e apreensões são exemplos de meios de investigação dirigidos à descoberta de elementos probatórios, e irregularidades na sua condução de modo legal e razoável acarretam impacto direto na admissibilidade da prova durante o juízo. Contudo, buscas e apreensões por sua natureza também refletem significativamente em intervenções nos direitos individuais, caracterizando tais medidas como coercitivas e com risco de violações à privacidade e à dignidade da pessoa. Por esse motivo, a regulamentação das buscas e apreensões deve se dar de um modo compatível com a necessidade de efetividade das investigações e com uma proteção adequada contra atos abusivos. Uma dessas garantias é determinada pela definição da autoridade competente para ordenar as buscas e apreensões e a sua capacidade de proteger os direitos individuais. Enquanto é uma regra em alguns países (ex. EUA e Alemanha) que a expedição de um mandado de busca e apreensão somente pode ser determinada pelo juízo, em outros (ex. Polônia e Itália) isso pode ser feito pelo Ministério Público. Entretanto, como a maioria das buscas e apreensões são realizadas sem mandado, é necessário analisar em paralelo se medidas sem mandado deveriam ser relegadas à discricionariedade da autoridade executante ou se deveriam ser submetidas a rigoroso controle por outra autoridade. Isso será feito com o objetivo de identificar soluções para assegurar a melhor proteção à pessoa contra buscas e apreensões abusivas e desproporcionais.*

PALAVRAS-CHAVE: *busca e apreensão; mandado; investigação criminal; Ministério Público; poderes da promotoria.*

I. INTRODUCTION

Significant importance must be attached to search as an example of investigative action aimed at the discovery of evidence. Failures in

conducting lawful and reasonable searches have a direct impact on the admissibility of evidence during a trial. Nonetheless, searches in their nature significantly interfere with the rights of the individual, such as the right to privacy, personal inviolability, and inviolability of the home. For that reason, legal provisions concerning search must be shaped in a way that reconciles the effectiveness of the investigation with adequate protection against unreasonable searches and unlawful interference with the individual's rights and freedoms. One such safeguard is the question of the authority empowered to order searches that will successfully safeguard the rights of the individual.

Therefore, the goal of this work is to establish which authority within the criminal justice system shall retain control over searches. The foremost question is which authority should be qualified to issue search warrants and what should be the minimal features of such authority. Even though practice shows that the rule understood as prior authorization to conduct a search has become an exception, it is still important as it gives the most protection to an individual. Only prior evaluation of the necessity of conducting a search may give full, comprehensive, and desirable protection against unreasonable infringements of rights. If the search has already taken place, even the most effective remedy can only be considered cosmetic treatment for what has been done. But making a prior decision to conduct a search raises some additional concerns, such as whether the results of such a decision shall remain unverified until the evidence obtained during the search is introduced at trial, or whether it should be subject to some form of control. And if so, who should undertake it, and when.

However, taking into account that the majority of searches are conducted without a warrant due to a certain number of exceptions, it is necessary to analyze in parallel whether these warrantless searches should be left solely to the discretion of the executing authority or whether they should remain under the more careful scrutiny of another authority. Therefore, the issue of grounds that allow police officers to conduct a search without a warrant under exigent circumstances will be discussed accordingly. Furthermore, the analysis will focus on which authority, if any, is capable of controlling such not preauthorized searches. It seems problematic to leave warrantless searches without any further control

unless evidence obtained during such a search is introduced during a subsequent trial. Should the legality of such search only be a theme for discussion when the evidence is to be produced during trial? Or should the individual whose rights were infringed by the unlawful search be entitled to immediate and effective remedy even when the case is dismissed or disposed without a trial?

The discussion leading to the determination of the authority eligible to decide whether to allow a search or not will be done through comparative research. This will allow the consideration of different perspectives and different resolutions to the same problem that authorities in all countries encounter while investigating crimes. The choice of countries for the comparative research was made with the aim of showing a variety of approaches to criminal procedure in general. Therefore, the United States will be used as a good example of a common law system with very well-developed case law in particular regarding search. In fact, the US will be used as a starting point for the further analysis, since the country has a long-standing perspective on what kind of authority shall be responsible for making the decision to search a person, an object, or a premises.

On the other side of this discussion shall be Continental European countries easily identified through the strong involvement of the prosecutor in the course of the criminal investigation. While in the US the prosecutor most commonly only becomes engaged in a criminal process when the decision to charge a person with a crime must be made, in countries that use the Continental system the prosecutor is a central figure of the criminal investigation. This is equally true for Germany, Italy, and Poland, chosen as examples on the Continental side. Therefore, it must also be taken into consideration whether the role of the prosecutor during a criminal investigation may be a factor or even a deciding element in assigning such competences as ordering a search to the prosecutor. Hence, another question that shall be asked is whether the role that the prosecutor plays during an investigation influences the decision to whom the competence to order a search should be assigned.

The choice of Germany is dictated by the fact that this country is often seen as the mother of Continental law. In contrast, Italy is an interesting example of a country that, being traditionally associated

with an inquisitorial system, has shifted towards the adversarial model through an almost epic change of the Code of Criminal Procedure in 1988³. Therefore, it seems interesting to see how this new approach has changed the Italian model of criminal investigation and whether the position of the actors at this stage of a criminal process, in particular with regard to the authority to order a search, resembles the American example to which Italy has been aspiring. Finally, Poland has been chosen as a country not commonly considered in legal comparative analyses. Poland however is also a country that for many years found itself under the Soviet regime, which has inevitably had a lasting impact on Polish criminal procedures. Therefore, it may be seen as representative of a group of countries belonging to the old Eastern Block.

First, a descriptive analysis of normative regulations as adopted in each country will be provided. This will be done in the form of separate reports for each chosen country (US, Italy, Poland and Germany) according to the adopted method of comparative research⁴. Each subchapter will discuss the procedure for issuing a search warrant with a focus on the authority entitled to make such decisions as well as options to challenge the conducted preauthorized search, if applicable. Then, the discussion will move in the case of each country to guarantees provided to the individual when it comes to warrantless searches. In particular, the necessity to obtain post-approvals by officers that executed the search as well as remedies available to the individual in the case of an infringement of their rights will be analyzed.

This comparative analysis aims to lay a foundation for further comparative analysis with the aim of identifying those resolutions

³ On the Italian reform of the criminal process see for example AMODIO, Ennio; SELVAGGI, Eugenio. An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure. *Temple Law Review*, n. 62, 1989, p. 1211; ILLUMINATI, Giulio. The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988). *Washington University Global Studies Law Review*, n. 4, 2005, p. 567; PANZAVOLTA, Michele. Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, n. 30, 2004, p. 577.

⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 2011, p. 43.

that provide the best protection for a person against unreasonable and disproportionate searches. The discussed systems are accordingly compared. Moreover, two issues will be brought up to make an argument that the only plausible choice for the authority that shall have the competence to control searches is the independent and impartial judge, both in cases of preauthorized searches and those executed in the absence of search warrants. This will be done in the light of the position that the prosecution service has in each country, being associated either with the executive or the judiciary. Additionally, it will also be taken into account that the level of engagement of the prosecutor during a criminal investigation and the relationship between the prosecution and police are important factors in shaping the optimal model of a system that aims to guarantee efficient protection for the individual against unreasonable searches.

II. REPORTS ON REGULATIONS REGARDING SEARCH IN CHOSEN COUNTRIES

1. SEARCH IN THE UNITED STATES OF AMERICA

1.1. GENERAL CONSIDERATIONS

Search in the USA is primarily regulated by the Fourth Amendment, which guarantees protection against unreasonable search and seizure of persons, places, and objects. Several issues are resolved by this regulation. First of all, the Fourth Amendment demonstrates a “strong preference for searches conducted pursuant to warrant”⁵. Even though warrantless searches are a daily routine for police officers throughout all US states, the prior judicial oversight of a coercive measure such as a search is considered a rule and not an exception⁶.

Secondly, the key feature of constitutional regulation is the connection that it creates between search (and seizure) and *probable cause*,

⁵ *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983) 236.

⁶ But see a critical observance of that in GRAY, David. Fourth Amendment Remedies as Rights: The Warrant Requirement. *Boston University Law Review*, 2016, n. 96, pp. 433-436.

making the latter a threshold that must be met if any coercive measure is to be imposed against an individual. What is understood by that term seems unclear and problematic. In *Carroll v. United States* it was stated that probable cause exists where “the facts and circumstances within [the arresting officers’] knowledge and of which they had reasonably trustworthy information [are] sufficient in themselves to warrant a man of reasonable caution in the belief that [an offense has been or is being committed]”⁷. There is an obvious lack of agreement on the meaning of probable cause and on the level of certainty that should be reached in each case when a decision to search or seize is employed⁸. However, in federal law and in the majority of states it is adopted that what matters in determination of probable cause is the “totality of circumstances”⁹.

Finally, since the landmark decision in *Katz v. United States*, the Fourth Amendment has been interpreted as protecting persons whenever they have “reasonable expectation of privacy”¹⁰, overruling previous interpretation of the constitutional rule that provided for protection of places but not persons¹¹. This covers all kind of searches (persons, objects, and places) by the Fourth Amendment requirements. Accordingly, it is also crucial to understand the difference that exists between *search* and the other unaffected form of interference with the privacy of a person, called *stop and frisk*. In concise terms, a police officer may stop a suspect on the street and frisk him if the police officer has just a reasonable suspicion. This requires a lower level of certainty than probable cause to believe that the person has committed, is committing, or is about to commit a crime or a reasonable belief that the person “may be armed and presently dangerous”¹². And only if stop and frisk gives rise to probable cause to believe that the suspect has committed

⁷ 267 U.S. 132 (1925) 162. See also *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949).

⁸ Cf. COLB, Sherry F. Probabilities in Probable Cause and Beyond: Statistical Versus Concrete Harms. *Law and Contemporary Problems*, n. 73, pp. 69-105, 2010, p. 69.

⁹ *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213 (1983) 214.

¹⁰ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) 361.

¹¹ See *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

¹² *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968) 27.

a crime should the police be empowered to make a formal arrest and a full incident search of the person¹³.

1.2. SEARCH UPON A WARRANT

The obligation to obtain a search warrant before executing a search, derived directly from the wording of the Fourth Amendment, is a rule both on federal and – since *Mapp v. Ohio*¹⁴ – on state level. The search warrant is issued upon the request of a police officer filed with a judge or magistrate in the form of an affidavit in which the applicant officially confirms facts as provided in the document and which contains detailed information regarding who or what should be searched and what in effect should be seized¹⁵. Each affidavit as a basis for issuing a search warrant is considered to be reliable because it contains information given by the officer under oath¹⁶. Therefore, the majority of searches with a warrant happen upon the request of police officers or other agents since they are primarily responsible for conducting the criminal investigation, with almost no involvement of prosecutors in the early stages of criminal proceedings. But the law also allows prosecutors to file requests with the judge if they deem it necessary. This usually happens when the prosecutor takes control of a criminal investigation after charges are filed with the court.

The responsibility of issuing search warrants rests ultimately with a judicial authority, i.e. a judge or magistrate. This is based on a premise that an impartial magistrate should be interposed between the citizen and the law enforcement agents whose job is the detection of crime “so that an objective mind might weigh the need to invade that privacy in order to enforce law”¹⁷. According to US standards it is required

¹³ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968) 10.

¹⁴ 367 U.S. 643 (1961).

¹⁵ SCHEB, John M; SCHEB, John M II. *Criminal Procedure*. Belmont: Wadsworth, 1999, p. 50.

¹⁶ See DRESSLER, Joshua; THOMAS III, George. *Criminal Procedure. Principles, Policies and Perspectives*. St Paul: West Academic, 2017, p. 201.

¹⁷ *McDonald v. United States*, 335 U.S. 451 (1948) 455.

that the individual issuing a search warrant must not be in close relation with the criminal investigation authorities that will execute the order, so as to be able to evaluate from a distance and without pressure their requests¹⁸. This seems to be an approach broadly adopted throughout the US states.

After the search warrant has been issued there is no subsequent judicial scrutiny over the search unless the evidence seized during the search is to be used during a trial when it is done in the form of a motion to suppress evidence in accordance with the exclusionary rule¹⁹. If the case does not reach the trial stage the system remains uninterested in the outcome of the search conducted upon the warrant other than the obligation of the officer to return the warrant if it was not executed within the prescribed term (usually 14 days)²⁰. Only if the search resulted in the seizure of property or if the search was unlawful, may move to the court for the return of property²¹. This means that the system does not provide within the criminal process any remedy if the rights of an individual were infringed by an unlawful search upon a warrant that did not result in the suppression of evidence.

1.3. WARRANTLESS SEARCH

It is well understood in US law that “searches conducted outside the judicial process, without prior approval by judge or magistrate, are *per se* unreasonable under the Fourth Amendment – subject only to a few specifically established and well delineated exceptions”²². This is usually called the “warrant requirement” that gives a strong preference for search

¹⁸ *Johnson v. United States* 333 U.S. 10 (1948).

¹⁹ See on exclusionary rule *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914), *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) and *Mapp v. Ohio*, 467 U.S. 643 (1961).

²⁰ See on the federal level Rule 41 (f)(1)(D) Federal Rules of Criminal Procedure.

²¹ See on the federal level Rule 41 (g) Federal Rules of Criminal Procedure.

²² *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) 357.

upon a warrant over searches without a warrant²³. But, as was aptly observed by Judge Scalia concurring in *California v. Acevedo*, “the ‘warrant requirement’ had become so riddled with exceptions that it was basically unrecognizable”²⁴.

One such exception is exigent circumstances that arise from the need to conduct some searches in a dynamic manner. As it was held by the Supreme Court, “where there are exigent circumstances in which police action literally must be ‘now or never’ to preserve the evidence of the crime, it is reasonable to permit action without prior judicial authorization”²⁵. Such exigent circumstances normally arise in cases involving automobile searches justified by the possible loss of evidence due to the mobility of the vehicle²⁶ and during the well-developed practice of searches incident to arrest²⁷. Moreover, searches conducted upon the consent of the searched individual are also considered an exception to the warrant requirement²⁸. This all leads to the situation where the police retain considerably wide discretion to decide who will be searched and whose house will be entered, and where warrantless search created as an exception has become a rule.

It is true that in every case in which police officers conduct a search without a warrant claiming that exigent circumstances arose, they must provide evidence that they didn’t have time to apply for the search warrant due to a suspicion that evidence may be hidden or destroyed²⁹. But this will happen only when the prosecutor intends to introduce at trial the evidence obtained during such a search. If the case is disposed before the trial or dismissed there is no instrument in US law that allows for checking

²³ *Dyson v. State*, 122 Md.App. 413, 712 A.2d 573 (1998) (“the command of the Fourth Amendment to the American police officer and the American Prosecutor is simple: ‘You always have to get a warrant – UNLESS YOU CAN’T’”).

²⁴ *California v. Acevedo*, 500 U.S. 565 (1991) 583.

²⁵ *Roaden v. Kentucky*, 413 U.S. 496 (1973) 505.

²⁶ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1925).

²⁷ See *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969) and *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218 (1973) and *Riley v. California*, 573 U.S. ___ (2014). See also DRESSLER, Joshua; THOMAS III, George, op. cit., pp. 251-275.

²⁸ *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

²⁹ *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

the grounds for the search and the nature of the conducting of this measure. There is no confirmation of a warrantless search by any entity and there is no form of interlocutory appeal against an unreasonable search.

Therefore, within the scope of criminal process the only effective remedy in cases of unlawful searches is an exclusionary rule. Theoretically, there are some other remedies available to the individual whose rights were infringed by the unlawful search, but they remain outside of the scope of criminal process. The affected individual may resort to civil procedure and sue the police officer who performed an unreasonable search. However, due to the doctrine of qualified immunity protecting government employees when they perform certain actions pertinent to their occupations, this is very unlikely to happen, since an officer may only be sued when no reasonable person would believe that the officer's conduct was legal³⁰. Another option is prosecution of an officer for illegal search and seizure, which also remains outside of the criminal proceedings in the case in which the illegal action occurred. All these remedies are reported as being rare and therefore cannot be considered as effective tools to fight the outcome of illegal searches.

2. SEARCH IN ITALY

2.1. GENERAL CONSIDERATIONS

Protection of the individual against the search and seizure of a person (arrest) is regulated jointly in the Constitution of the Italian Republic³¹ as a form of interference with personal freedom (Article 13 of the Italian Constitution). In parallel to this regulation, search of a home and other premises is protected on the constitutional level as a form of

³⁰ See *Graham v. Connor*, 490 U.S. 386 (1989) 396 (“The ‘reasonableness’ of a particular use of force must be judged from the perspective of a reasonable officer on the scene”). See also Justice Ginsburg’s concurrence in *Saucier v. Katz*, 533 U.S. 194 (2001) 214 (“an officer whose conduct is objectively unreasonable under *Graham* should find no shelter under a sequential qualified immunity test”).

³¹ *La Costituzione della Repubblica Italiana* of 27 December 1947 [hereinafter Italian Constitution].

interference with privacy (Article 14 of the Italian Constitution). The guarantees prescribed for safeguarding personal freedom (e.g. regarding the authority responsible for issuing search orders) are applicable to other forms of interference with privacy according to Article 14 (2) of the Italian Constitution. Further provisions provide for the protection of the secrecy of correspondence (Article 15 of the Italian Constitution).

Accordingly, the Italian Code of Criminal Procedure³² provides for the search of a person (*perquisizione personale* – Article 249 (1) CCP-Italy), search of premises (*perquisizione locale* – Article 250 CCP), and, introduced in 2008, search of computers and electronic systems (*perquisizione informatica* – Article 247 (1bis) CCP-Italy)³³. All searches may only be conducted if there are reasonable grounds to believe (*fondato motive di ritenere*) that objects used to commit an offence or related to an offence are possessed by the person who is to be searched or are located in a place that is to be searched as well as that the accused who must be arrested remains in such place (Article 247 (1) CCP-Italy). This vague prerequisite (i.e. “reasonable grounds”) allows for a search to be conducted if it is reasonable to predict that a search will be fruitful, and even if at the end of the search it turns out that this suspicion was groundless (no objects were found) it does not necessarily undermine the legality of the search³⁴.

2.2. SEARCHES UPON A WARRANT

Neither the constitution nor the CCP-Italy directly demands that the judge (court) issues search warrants. Instead Article 13 of the Italian

³² *Codice di Procedura Penale*, Decreto del presidente della Repubblica, 22 September 1988, no. 447 [hereinafter CCP-Italy].

³³ The law also provides for inspections (*ispezioni*) aimed at ascertaining the traces or other effects of the crime on persons, places, and objects, including computer and telecommunication systems (see on that difference LASAGNI, Giulia. Tackling phone searches in Italy and the United States: Proposals for a technological rethinking of procedural rights and freedoms. *New Journal of European Criminal Law*, n. 9, pp. 386-401, 2018, p. 393, footnote 27).

³⁴ CAIANIELLO, Michele. *Increasing Discretionary Prosecutor’s Powers: The Pivotal Role of the Italian Prosecutor in the Pretrial Investigation Phase*. Oxford: Oxford Handbooks Online, 2016, p. 6.

Constitution pronounces that the decision to impose measures infringing rights of individuals is vested in the hands of the authority prescribed more broadly as “judicial authority” (*l’autorità giudiziaria*). However, the constitution does not explain what is understood by this term, leaving this for further interpretation. Similarly, Article 247 (3) CCP-Italy provides vaguely that the “judicial authority” shall be competent to conduct a search or to order police to conduct it. The established understanding in Italian constitutional law is that the term “judicial authority” refers equally to the judge and the prosecutor³⁵. But this expression has been interpreted differently in the CCP-Italy, with alternative reference to a judge or to the prosecutor³⁶. In the case of searches it has been understood that during a criminal investigation the responsibility for issuing a warrant remains in the hands of the prosecutors³⁷.

This might be somewhat surprising since the Italian criminal procedure, heavily reformed in 1988 in a direction leaning towards the adversarial system of criminal procedure, managed to establish the judge for the preliminary investigation (GIP – *giudice per le indagini preliminari*) with the aim of controlling the work of the public prosecutor and guaranteeing the rights of the person being investigated (Article 328 CCP-Italy). The GIP, being equipped with competences relating to restriction of personal freedom if this proves necessary during the investigation and ordering interception, is at the same time not eligible to intervene with decisions to conduct a search. This is regardless of the fact that the search as presented above on the constitutional level is clearly seen as a form of deprivation of rights of an individual.

The prosecutorial search order must always contain reasons for such a decision (Article 247 (2) CCP-Italy). This becomes a basis for subsequent judicial review of such an order, since the prosecutorial search warrant may be subjected to the interlocutory appeal received and decided by the judge. This is, however, only true for such searches

³⁵ CAIANIELLO, Michele. *Increasing Discretionary Prosecutor’s Powers...*, op. cit., p. 4.

³⁶ LASAGNI, Giulia, op. cit., p. 395.

³⁷ PERRODET, Antoinette. The Italian System. En: DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, John R (eds.). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 377.

that resulted in seizure of property. The accused, the person from whom objects have been seized, and the person who would be entitled to their restitution may submit a request for re-examination of the seizure, which includes the grounds for search and seizure (Article 257 (1) CCP-Italy) in accordance with the “re-examination” procedure as designed for pretrial measures (Article 324 CCP-Italy)³⁸. This means that searches ordered by the prosecutor that resulted with no seizure simply cannot be appealed and reviewed by the judge (court). Nevertheless, it is reported that even in cases when during the search some objects were seized, the criteria provided by law are so vague that it is very complicated for the defense to show at the appeal stage that the warrant was invalid or ill founded³⁹.

2.3. WARRANTLESS SEARCHES

The rule that the search should be conducted upon the prosecutorial order is overshadowed in practice by the police conducting searches without an order. The police may search a person’s body or premises in each case where there are exigent circumstances and when they have reasonable grounds to believe that the person is hiding objects or traces related to the offence on his body that can be lost or destroyed or that such objects or traces are in a certain place or that the suspected person or the escapee is in such a place (Article 352 (1) CCP)⁴⁰. The exigent circumstances are understood as an urgent situation that happens in the case of a flagrant crime or in the case of an escape. In every case a warrantless search undertaken by the police is subject to confirmation by the prosecutor⁴¹. The police have only 48 hours to inform a prosecutor that such a search has been conducted and the prosecutor has an additional 48 hours to confirm it (Article 352 (4)

³⁸ CAIANIELLO, Michele. *Increasing Discretionary Prosecutor’s Powers...*, op. cit., p. 5.

³⁹ CAIANIELLO, Michele. *Increasing Discretionary Prosecutor’s Powers...*, op. cit., p. 5.

⁴⁰ This also applies to searches of computer and electronic systems according to Article 352 (1bis) CCP.

⁴¹ DI AMATO, Astolfo. *Criminal Law in Italy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013, p. 181.

CCP). This happens regardless of whether anything was found through such search. Moreover, in accordance with Article 257 (1) CCP-Italy, the search can be appealed, but, as was discussed above, again only in cases where a seizure took place during the search.

3. SEARCH IN POLAND

3.1. GENERAL CONSIDERATIONS

In Polish law the search (*przeszukanie*) is understood as a form of interference with the rights of the individual, which are guaranteed on a constitutional level⁴². The searching of persons, objects, and premises is primarily conflicting with a right to protection of private and family life expressed in Article 47 of the Polish Constitution⁴³. But in many instances the search is also seen as interference with the principle of the inviolability of the home, protected under Article 50 of the Polish Constitution and a search of a person, apart from interfering with one's privacy, also intrudes on personal inviolability, protected under Article 41(1) of the Polish Constitution⁴⁴. Surprisingly, though setting a high standard for the protection of the rights of the individual, the Polish Constitution remains absolutely silent when it comes to determining the authority that retains the power to order a search in all of these provisions.

The Polish Code of Criminal Procedure⁴⁵ regulates searches in Chapter 25, entitled "Seizure of Things and Searches". Article 219 CCP-

⁴² See SKORUPKA, Jerzy. Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym (cz. I). *Palestra*, v. 9-10, 2007, p. 92 and GROCHOWSKI, Jacek. Przeszukanie w procesie karnym jako instytucja wyznaczająca granice konstytucyjnych praw osobistych. *Problemy Prawa Karnego* n. 17, 1991, p. 126.

⁴³ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* of 2nd April 1997 (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483) [hereinafter: Constitution of Poland].

⁴⁴ KREMENS, Karolina. The limits of interference with the right to privacy and property in criminal proceedings. En: SKORUPKA, Jerzy (ed.). *The model of acceptable interference with the rights and freedoms of an individual in criminal process*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019, p. 585.

⁴⁵ *Kodeks postępowania karnego*, ustawa 6 June 1997 (Dz.U. 2017, poz. 1904) [hereinafter: CCP-Poland].

Poland does not provide a definition of search. It describes the grounds to search premises and other locations (§ 1) as well as persons, persons' apparel, and personal effects (§ 2). Accordingly, scholars distinguish between the search of premises, which may include a vehicle, and that of a person, which may include a person's apparel and their belongings. However, the CCP does not limit who exactly can be searched. Therefore, a search may target a suspect but also other persons who have no formal connection with the proceedings, with no limitations to it.

In each case the search may be conducted only whenever there is "reasonable basis to believe" (*uzasadnione podstawy do przypuszczenia*) that a suspected person is in a place that is subjected to search (Article 219 § 1 CCP-Poland). The same applies to the things that can be used as evidence or that must be seized (e.g. drugs). Unfortunately, case law provides no guidance on how to interpret the "reasonable basis to believe" requirement. In particular, it is unclear whether this requirement sets a standard of *prima facie* obviousness⁴⁶. At the same time Article 219 § 1 CCP-Poland narrows down the scope of the search through its provision that the search may only be conducted if there is a need to detect or detain or ensure the compulsory appearance of a suspect or to detect objects that might serve as evidence in a case or that are subject to sequestration in criminal proceedings.

3.2. SEARCHES UPON A WARRANT

The CCP provides for a preference of searches upon a warrant. Therefore, as a rule searches in Poland should happen primarily upon a warrant and only exigent circumstances may justify conducting a search without a warrant (Article 220 § 3 CCP-Poland). More precisely, it is provided that a search shall be conducted by a prosecutor herself or, upon her decision, by the police or another agency authorized to conduct criminal investigation (e.g. the Internal Security Agency or Border Security). If a search is not conducted by the prosecutor herself the officer willing to conduct the search should obtain a prosecutorial

⁴⁶ KOPER, Radosław. Przeszukanie w wypadkach niecierpiących zwłoki. *Prokuratura i Prawo*, n. 11–12, 2014, p. 19.

search warrant prior to the search⁴⁷. The power to issue a search warrant during an investigation ultimately rests with the prosecutor (Article 220 § 1 CCP-Poland). The CCP does not consider either a judge or any other authority as being competent to issue search warrants at this stage of criminal proceedings⁴⁸.

Since the Polish Constitution lacks provisions prescribing the authority competent to issue search warrants and does not demand that it should be a judge, the CCP seems in compliance with the legal standard as set on the constitutional level. But the problem of whether such regulation, or rather lack of it, is sufficient has been recently discussed in Polish legal literature. As a result, scholars have called for a change to this situation, claiming that the level of engagement of the prosecutor in the course of a criminal investigation makes him too prejudiced to make an independent evaluation of the need to conduct a search⁴⁹.

Such views have been expressed regardless of the mechanism available in Polish law that provides for post-factum judicial revision of prosecutorial search warrants. The person whose rights have been infringed by the issuance of a prosecutorial search warrant may file an interlocutory appeal with the court (Article 236 § 1 CCP-Poland). In fact this provision has a much broader character, also allowing for judicial scrutiny in all cases involving seizure of things, and is available to every person whose rights have been infringed. General rules of filing an interlocutory appeal apply accordingly (Article 465 § 2 CCP-Poland).

⁴⁷ NOWAK, Celina; STEINBORN, Sławomir. Poland. En: LIGETI, Katalin (eds.). *Toward a Prosecutor of the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2013, p. 519.

⁴⁸ It must be noted, however, that Polish law also provides for the possibility to conduct the search during the trial stage of criminal proceedings. However, in such cases, the power to issue a search warrant rests only with the court that holds the trial (Article 220 § 1 CCP-Poland).

⁴⁹ See STEINBORN, Sławomir. Problem organu uprawnionego do stosowania przeszukania w toku procesu karnego w świetle unormowań konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych. *Gdańskie Studia Prawnicze*, n. 19, 2008, p. 375; SKORUPKA, Jerzy. Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym (cz. II). *Palestra*, n. 11-12, 2007, , p. 52.

3.3. WARRANTLESS SEARCHES

Nevertheless, the obvious need to conduct searches in exigent circumstances forced lawmakers to allow the police to conduct a search without a warrant. The competence to conduct the search in the case of exigent circumstances applies not only to police but also to all other agencies that are allowed to conduct criminal investigations. This is only allowed when there is an “urgent need” to conduct a search and there is no possibility to obtain a prosecutorial search warrant (Article 220 § 3 CCP-Poland). The term “exigent circumstances” justifying warrantless searches is considered as unclear and imprecise⁵⁰. Surprisingly the case law does not provide any help in this matter. But in literature it is accepted that exigent circumstances justifying warrantless search exist when commencing an investigative action with a delay due to time lost while obtaining a prosecutorial warrant or lack of action would result in the loss, distortion, or destruction of evidence⁵¹. Existence of these circumstances must be evaluated in the light of the circumstances that existed when the search was conducted and not as seen at the time when being evaluated by the judge⁵². Among these circumstances are the need to act immediately, the lack of possibility to obtain a warrant, but also that general grounds to conduct a search upon a warrant enlisted in Article 219 § 1 CCP-Poland took place, i.e. that the “reasonable basis to believe” requirement has been established before undertaking a search in this dynamic situation.

In cases when the search is conducted without a warrant, the police, immediately upon the conclusion of the search, must in every case apply to the prosecutor for confirmation of a conducted warrantless search (Article 220 § 3 CCP-Poland). Issuing the confirmation is obligatory in every case and consequences of not doing so are grave. If the search is not confirmed within seven days of the day it took place, the objects seized during the search must immediately be returned to the owner (Article 230 § 1 CCP-Poland). In accordance with Article 236 § 1 CCP-Poland,

⁵⁰ SAKOWICZ, Andrzej. Poszanowanie życia prywatnego w postępowaniu karnym. *Jurysta*, n. 6, 2000, p. 21.

⁵¹ KOPER, Radosław, op. cit., pp. 20-21 and literature cited in footnote 14.

⁵² SKORUPKA, Jerzy. Komentarz do art. 220 k.p.k. En: SKORUPKA, Jerzy (ed.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa: CH Beck, 2018, p. 516.

the decision confirming a warrantless search as well as the search itself is subjected to an interlocutory appeal. All general rules regarding interlocutory appeals apply.

4. SEARCH IN GERMANY

4.1. GENERAL CONSIDERATIONS

Search (*Durchsuchung*) is a typical coercive measure yet must also be considered as an important investigative tool. Any person that is suspected of a crime may be subject to a search that can include the search of their body, property, or premises (including their home) (§ 102 CCP-Germany). The threshold for a search is quite low, i.e. the search can be conducted for the purpose of arresting the suspect, as well as in cases where it may be presumed that the search will lead to the discovery of evidence. But upon additional prerequisites the search may also be conducted against persons other than the suspect. This type of search is permissible only for the purpose of arrest of a suspect or to follow up the traces of a criminal offence or to seize certain objects, and only if certain facts support the conclusion that the person, trace, or object sought is located on the premises to be searched (§ 103 (1) CCP-Germany first sentence)⁵³.

The German Constitution (*Grundgesetz*)⁵⁴ provides for the protection of the rights of individuals that could be infringed by the search in distinct provisions. The inviolability of a person together with the right to personal integrity is provided in Article 2 (2) of the German Constitution, which also makes an assurance that such rights may be interfered with only pursuant to the law. Provisions of Article 11 of the German Constitution refer to protection of the right to privacy with regard

⁵³ These restrictions do not apply to multiple rooms in a building in cases of a number of serious crimes against national security and terrorism, as long as there is well-founded reason to believe that the suspect is hiding somewhere in the building (§ 103 (1) CCP-Germany second sentence), or if the room is one in which the suspect either was apprehended or which he entered while being pursued (§ 103 (2) CCP-Germany).

⁵⁴ *Grundgesetz* of 23 May 1949 (I BGI 1949, 1) [hereinafter: German Constitution].

to correspondence, post, and telecommunications. Finally, the right to privacy of an individual within his premises is protected by Article 13 (1) of the German Constitution, which provides for the inviolability of the home. This right is furthermore protected by the provision of Article 13 (2) of the German Constitution that vests the right to order the search in the hands of the judge and only in exigent circumstances can the search be ordered by another authority designated by law. Following subsections of the same article (sec. 3-7) adopt an even higher standard for protection of privacy in cases of the use of secret surveillance.

4.2. SEARCH UPON A WARRANT

Taking into account the clear and straightforward considerations of the German Constitution, the CCP-Germany provides that searches may be ordered only by a judge (§ 105 (1) CCP-Germany). This function will be served during a criminal investigation by a special figure called “judge of the investigation” (Ermittlungsrichter). This person does not hold the position of an investigative judge as known from the French system and is not a proactive investigatory official but takes action only upon the request of the prosecutor. Such requests are made in situations when specific investigative acts are to be performed, e.g. the interrogation of witnesses or suspects (§ 162 (1) CCP-Germany)⁵⁵.

This is a result of a general assumption that only a judge can impose a measure that interferes with the rights and liberties of an individual⁵⁶. However the study shows that judicial scrutiny over searches does not prevent unnecessary searches since search warrants are easily granted when compared to arrest warrants⁵⁷.

⁵⁵ WEIGEND, Thomas. Germany. En: Ligeti K (ed.). *Toward a Prosecutor of the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2013, p. 267.

⁵⁶ WEIGEND, Thomas; SALDITT, Franz. The Investigative Stage of the Criminal Process in Germany. En: CAPE, Ed; HODGSON, Jacqueline; PRAKKEN, Ties; SPRONKEN, Taru (eds.). *Suspects in Europe*. Antwerpen: Intersentia, 2007, p. 85.

⁵⁷ TRENDAFILOVA, Ekaterina; RÓTH, Werner. Report on the Public Prosecution Service in Germany. En: *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence*

In any case an individual affected by the search may file an interlocutory appeal with a court (*Beschwerde*) according to general rules that provide for the right to double check decisions made during preliminary investigation as well as during later stages of criminal proceedings (§ 304 (1) CCP-Germany). This remedy is available to all affected by the search and not only to the suspect (§ 304 (2) CCP-Germany). Therefore, German law provides not only for prior judicial scrutiny of the decision to search but, upon the request of an individual, gives an opportunity for later consideration of the grounds of a search.

4.3. WARRANTLESS SEARCHES

Even though the law provides for the preference of searches upon a warrant preauthorized by a judge, it is reported that in the great majority of cases in which exigent circumstances exist, the search may happen without a warrant⁵⁸. The “other authority”, as prescribed by the German Constitution, capable of ordering a search in exigent circumstances is primarily the prosecutor (§ 105 (1) CCP-Germany). But the same power is also further extended to a big group of police officers acting on behalf of the prosecutor⁵⁹. This group of so-called investigative officers or auxiliary prosecutors (*Ermittlungspersonen*) functions according to Article 152 (1) of the Court Organization Act (*Gerichtsverfassungsgesetz*) and is obliged to carry out prosecutorial orders. It generally has the same powers as the prosecutors in carrying out investigations, including the power to order a search in cases of exigent circumstances even regarding a person other than the suspect (§ 105 (1) CCP-Germany first sentence)⁶⁰. The only

and Effectiveness. Sofia: Open Society Institute Sofia, 2008, p. 234.

⁵⁸ KUHNE, Heinz-Heinrich. Germany. En: VAN DEN WYNGAERT, Christine (ed.). *Criminal Procedure Systems in the European Community*. London: Butterworths, 1993, p. 151 (“[...] a search warrant issued by a judge has become in fact rather exceptional whereas the practice of police and prosecutor searching on their own has become the rule”).

⁵⁹ FRASE, Richard; WEIGEND, Thomas. German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform. *Boston College International and Comparative Law Review*, n. 18, 1995, p. 323.

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 323.

exception is searches conducted for the purpose of arresting a person strongly suspected of certain grave crimes (§ 89a, § 129a and § 129b StGB), e.g. forming national and international terrorist organizations. In these cases a search of private and other premises conducted in a building in which it may be assumed that the suspect is located may be in exigent circumstances ordered only by the prosecutor (§ 105 (1) CCP-Germany second sentence).

In German literature *exigent circumstances* (*Gefahr im Verzug*) are interpreted in a narrow way and are understood as a situation in which the search would become futile if the police officer would have to involve the prosecutor, who would then in turn have to apply to a judge for a search warrant. But in practice searches are reported to be frequently conducted without a judicial order also due to the fact that *Gefahr im Verzug* has been interpreted quite broadly⁶¹. Recently, however, a tendency to limit this broad approach has become more visible. The Federal Constitutional Court has emphasized the exceptional character of searches without judicial authorization and has required, in each case, information documenting the need to act immediately as well as the moment when the information reached the police and the efforts made to contact a judge⁶². On other occasions the Court has stressed the need to institute judicial emergency services to facilitate contact between the police officers needing to conduct a search and the judge of the investigation⁶³.

Searches that take place in exigent circumstances without a judicial search warrant must be subsequently confirmed by the court⁶⁴. Every person that such a search concerns can request subsequent judicial review of its legitimacy (§ 98 (2) CCP second sentence) and must be informed of the right to do so (§ 98 (2) CCP fifth sentence). In some

⁶¹ WEIGEND, Thomas. Germany, op. cit., p. 286 footnote 214.

⁶² 103 BVerfGE 142 (2000).

⁶³ SIEGISMUND, Eberhard. *The Public Prosecution Office in Germany: Legal Status, Function and Organization*. Effective Administration of the Police and the Prosecution in Criminal Justice. The 120th International Senior Seminar, 2003. Available at: <https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No60/No60_10VE_Siegismund2.pdf>. Access on: 3 September 2020, p. 62.

⁶⁴ TRENDAFILOVA, Ekaterina; RÓTH, Werner, op. cit., p. 233.

cases, e.g. when neither a person concerned nor an adult was present during a search that resulted in the seizure of things, the request for judicial confirmation of such a search must be submitted to court within three days by the official conducting a search without a warrant (§ 98 (2) CCP first sentence). Additionally, those affected by the warrantless search may file an interlocutory appeal with a judge questioning the necessity and lawfulness of the search⁶⁵. The power to move for such a remedy comes from the same regulation as the interlocutory appeal in the case of a search upon a warrant (§ 304 CCP-Germany). For many years German law did not provide for exclusion of evidence on such basis⁶⁶.

III. COMPARISONS AND OBSERVATIONS

1. STATES' REGULATIONS COMPARED

The question of who shall be responsible to limit the arbitrariness of the government in cases involving searches of people, objects, and places remains crucial to providing sufficient protection of the rights of individuals. It is unquestionable that between the police officer wanting to conduct the search and the individual that such a search will be targeted at shall stand a decision maker in a capacity of a gatekeeper. This official shall be able to screen applications for search warrants and rule out the unjustified and unreasonable searches. But taking into account the number of warrantless searches that take place daily in all countries, even more striking remains the question of control over warrantless searches and the authority capable of exercising the control. The comparative research gives a full range of possible choices to that matter.

On the constitutional level it remains unclear between the analyzed countries what kind of official shall be considered as the authority responsible to issue search warrants. Neither the US nor Poland provides for constitutional regulation regarding officials authorized to order a

⁶⁵ *Ibidem.*, p. 233.

⁶⁶ BRADLEY, Craig. The Exclusionary Rule in Germany. *Harvard Law Review*, n. 96, 1983, p. 1032.

search in typical situations, leaving it for interpretation on the judicial (US) or normative (Poland) levels. On the other hand, in Germany the constitution clearly states that it should be a judge (*Richter*) that remains the only authority to issue search warrants. But this refers solely to the search of premises, while personal inviolability seems not to be protected in a similar way, at least as provided in Article 2 (2) of the German Constitution only guaranteeing as much as these rights (inviolability and physical integrity) may be interfered only pursuant by law. In the case of Italy, the constitution is less specific, using a more general and undefined expression of “judicial authority” (*l’autorità giudiziaria*). However, this shall be understood as either judge or prosecutor due to the position that the prosecutor traditionally retains in Italy. The same rules are also applicable to the search of premises.

But the lack of constitutional provisions in the US pinning down the authority eligible to issue search warrants does not stop American courts from determining that the only official authorized to order a search is a judge (magistrate), as confirmed in *Mapp v. Ohio*⁶⁷. Surprisingly, Germany, the system traditionally perceived as the most inquisitorial, remains closest to the American idea of who should retain the power to order a search. German law provides for judicial search orders as a strict rule. At the same time, in Poland issuing a search warrant during a criminal investigation remains solely the responsibility of the prosecutor. At that stage of the criminal process, even if there were enough time to apply to a judge for a search warrant, the judge is legally excluded from doing so. Finally, in Italy, due to the interpretation that accepts prosecutors as “judicial authority”, the prosecutor retains full power to issue search warrants.

In analyzing the Italian case, it seems surprising that the competence to issue a search warrant was vested in prosecutorial hands. Under the old Italian Code of Criminal Procedure of 1930, the power to order and conduct searches was assigned to the investigating judge (*giudice istruttore*)⁶⁸, a famous inquisitorial figure abandoned in the majority

⁶⁷ 367 U.S. 643 (1961).

⁶⁸ ILLUMINATI, Giulio. *The Frustrated Turn...*, op. cit., p. 567.

of continental countries⁶⁹ and in 1988 in Italy. Thus, the new code of 1988 replaced the investigating judge with a new authority, creating the preliminary investigation judge with the main task of protecting the rights of those under investigation⁷⁰. This authority has the power, upon request of the prosecutor, to adopt measures restricting the personal freedom of the accused during the preliminary investigation (e.g. pretrial detention) or to restrict their privacy, e.g. by authorizing a wiretap on a telephone⁷¹. Notwithstanding the adopted interpretation of the “judicial authority” equating judge and prosecutor, which formally allows the latter to issue search warrants, it was possible to adopt another resolution in which the preliminary investigation judge instead of the prosecutor would, in addition to authorizing arrest and detention, also preauthorize search warrants. It is worth noting that in the case of Poland, the situation is quite similar, granting power to issue some coercive measures to a judge (e.g. arrest and wiretaps) and some others like a search warrant to a prosecutor. However, the difference is in the detail – in Poland the prosecutor is not equated with a judge.

In light of the above, both the US and Germany seem to provide a higher standard of protection for the individual than do Poland and Italy. This standard may even seem quite similar, since in both countries only a judge may preauthorize a search. But one has to acknowledge another step in providing protection of privacy in the cases of all three examined continental states. They offer a right to file a motion (revision, interlocutory appeal) to verify the lawfulness of a search even in cases where the search was preauthorized. This is seen as an immediate remedy for an individual who believes that their rights were infringed by the search.

The US does not provide for any immediate remedy with regard to verification of the lawfulness of a search conducted upon a warrant. This may only be done when a case reaches a trial stage or, to a different

⁶⁹ Almost the sole exceptions that still use this figure are France and Belgium. Nevertheless, many scholars with common law roots believe that this is one of the typical elements of the Continental system.

⁷⁰ GRANDE, Elisabetta. Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. *American Journal of Comparative Law*, n. 48, 2000, p. 233.

⁷¹ FABRI, Marco. Criminal Procedure and Public Prosecution Reform in Italy: A Flash Back. *International Journal for Court Administration*, n. 10, 2008, p. 10.

extent, when a person demands the return of property. In the cases of Poland and Germany this remedy is available to every person regardless of an effect of such search to allow subsequent evaluation of the lawfulness or necessity of such a search. Italy gives a similar right to move to judgment for verification of a search but only in cases where the search resulted in the seizure of things.

At this point it is worth bringing up the position of the European Court of Human Rights (ECtHR), which provides for a minimum standard for protection of the rights of an individual among European countries members of the Council of Europe⁷². It is true that when it comes to search the ECtHR focuses mainly on the conduct of such measure in “accordance with law”⁷³, whether the interference furthers a legitimate aim,⁷⁴ and if is “necessary in a democratic society”⁷⁵. The ECHR is silent when it comes to establishing the organ authorized to issue search warrants, but this does not preclude the ECtHR from demanding independent judicial supervision over searches⁷⁶. However, the Court noted in *Smirnov v. Russia* that the absence of a prior judicial warrant may be counterbalanced by the availability of a post-factum judicial review⁷⁷. On the other occasion in *Heino v. Finland* the ECtHR sustained that position, confirming that either prior or post judicial scrutiny over the decision to search is acceptable as a proper standard of protection⁷⁸. This would mean that the judicial control

⁷² In the case of a search this is primarily a right to privacy as protected by Article 8 (2) of the European Convention on Human Rights and Freedoms [ECHR].

⁷³ *Halford v. The United Kingdom*, no. 20605/92, 25 June 1997.

⁷⁴ *Mozer v. The Republic of Moldova and Russia*, no. 11138/10, 23 February 2016, § 194 (the ECtHR established that it is the responsibility of the government to demonstrate that the interference pursued a legitimate aim).

⁷⁵ See among others *Buck v. Germany*, no. 41604/98, 28 April 2005 and *Ratushna v. Ukraine*, no. 17318/06, 2 December 2010.

⁷⁶ *Sallinen and Others v. Finland*, no. 50882/99, 27 September 2005, § 89.

⁷⁷ *Smirnov v. Russia*, no. 71362/01, 7 June 2007, § 45.

⁷⁸ *Heino v. Finland*, no. 56720/09, 15 February 2011, § 46 (“[E]ven if there could be said to be a general legal basis for the impugned measures in Finnish law, that law does not provide sufficient judicial safeguards either before the granting of a search warrant or after the search. The applicant was thus deprived of the minimum degree of protection to which she was entitled under the rule of law in a democratic society”).

over search warrants issued by a non-judicial authority (a prosecutor in the cases of Italy and Poland) is acceptable⁷⁹. But the ECtHR makes it clear that the mere fact of the availability of such a remedy will not in itself necessarily amount to a sufficient safeguard against abuse. Such remedy must be considered as effective and this is assessed in the light of the specific circumstances of every case⁸⁰.

Accordingly, Germany seems to be in full compliance with the standard as presented above. There is not only a prior judicial authorization of a search but also a remedy available to affected individuals that gives a second chance for a judicial review of the conducted measure. This interlocutory appeal depends on the will of the affected individual to go to a judge for such a resolution. In the case of Poland the revision by the judicial authority of a measure preauthorized by a prosecutor is also triggered upon a request of the individual. This raises the question of whether such a revision is effective and safeguards against possible abuse if only the action of the individual makes the revision possible. This is particularly troublesome when one takes into consideration that there is a seven-day time limit for the filing of an interlocutory appeal. This is also an issue in the case of Germany, but the obligatory preauthorization of the search makes a significant difference here.

To that extent the most problematic is the case of Italy. Here the judicial post-factum revision of a search upon a warrant issued by the prosecutor is only available in cases where the search resulted in seizure. This lack of judicial scrutiny in no-seizure cases was criticized by the ECtHR in the recent case *Brazzi v. Italy*⁸¹. The case concerned Marco Brazzi, an Italian and German national whose Italian house was searched in 2010 upon a warrant issued by the prosecutor of Mantua in connection with the ongoing criminal investigation involving alleged tax evasion by Brazzi. The ECtHR noted that the prosecutorial decision to authorize a search lacked any prior judicial oversight, which would not be an issue if it was counterbalanced by a subsequent judicial review, after the act,

⁷⁹ Note that this applies to the same extent to the judicial reviews of warrantless searches.

⁸⁰ *Geraschenko v. Ukraine*, no. 20602/05, 7 November 2013, § 130.

⁸¹ *Brazzi v. Italy*, no. 57278/11, 27 September 2018.

as to the lawfulness and necessity of the measure. In the discussed case this however did not take place⁸². Therefore, since there was neither prior judicial oversight nor any effective ex post facto review of the impugned investigative measure, the ECtHR found that Italian law did not provide sufficient safeguards against the risk of abuse of power by the authorities conducting the criminal investigation and ruled the violation of Article 8 of the ECHR⁸³. This seems in line with the previous judgment delivered in *Modestou v. Greece*⁸⁴, concerning the search of a Cypriot national living in Greece whose house was searched upon a prosecutorial order, also without a prior or retrospective judicial review.

In all four examined countries it is reported that regardless of the rule that calls for preauthorization of a search in the form of a warrant, warrantless searches have become the norm, moving searches upon a warrant to a box with one name: exception. Therefore, the police and other agencies frequently conduct warrantless searches under a similar regime if they can prove that exigent circumstances have occurred. What is understood by exigent circumstances may vary from country to country but generally it shall be understood as a necessity to act immediately due to the possibility of losing evidence combined with the lack of opportunity to move for preauthorization of such a search.

However, this is where the similarities end. It is surprising how differently countries deal with the outcome of such searches and whether they provide an immediate opportunity to verify them. While US does not provide for any post-factum authorization of warrantless searches either by the prosecutor or a judge, all three continental countries demand it, differing only along the line of what authority should do so. Italy and Poland consider the prosecutor eligible for the post-authorization as well,

⁸² In fact it was argued that at some point the judge for preliminary investigation did eventually review the case, confirming the discontinuation of the preliminary investigation (which according to Article 408 CCP-Italy is obligatory in each case when the prosecutor believes that the charge is groundless).

⁸³ The ECtHR decided similarly in the case *Modestou v. Greece*, no. 51693/13, 16 March 2017, concerning a Cypriot national living in Greece whose house was searched upon a prosecutorial order also without either a prior or retrospective judicial review.

⁸⁴ *Modestou v. Greece*, no. 51693/13, 16 March 2017.

and Germany resorts in this case to the judge too. Most importantly, however, all immediate remedies that the law provides in cases of a search upon a warrant discussed above also apply in cases of warrantless searches. Therefore, in the cases of Germany, Italy, and Poland the warrantless search is not only subsequently confirmed but is also subjected to judicial scrutiny upon the request of the individual whose rights were allegedly infringed, although in the case of Italy only when the search resulted with the seizure.

2. NON-ELIGIBILITY OF PROSECUTOR TO AUTHORIZE SEARCHES

The presented diversity of choices brings an obvious question of whether it is acceptable that the prosecutor may authorize searches conducted both with and without a warrant. This in fact should be rephrased to whether there are some circumstances under which the prosecutor could be considered as an authority allowed to authorize searches without prior or subsequent judicial scrutiny.

The US case law seems to have clear and convincing arguments to that matter. The good hand of US case law relating to search focuses on features of an official that would be allowed to make a decision to search, connecting it with a notion of “neutral and detached magistrate”. This requirement was set 70 years ago when the Supreme Court stated that “[t]he point of the Fourth Amendment which often is not grasped by zealous officers is not that it denies law enforcement the support of the usual inferences reasonable men draw from evidence. Its protection consists in requiring that those inferences be drawn by a neutral and detached magistrate instead of being judged by the officer engaged in the often competitive enterprise of ferreting out crime.”⁸⁵ The Supreme Court took some effort to explain it further. Interestingly, the “neutral and detached magistrate” does not necessarily have to be a lawyer. What is required from the issuing authority is neutrality and detachment from the case as well as capability to determine the existence of probable cause for the requested search⁸⁶. On the other occasion the US Supreme

⁸⁵ *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948), para. 13-14.

⁸⁶ *Shadwick v. City of Tampa* 407 U.S. 345 (1972), 350.

Court sustained the position that the relation of the decision maker with the government is crucial in the evaluation of his eligibility to order an intrusion into privacy. It was observed that prosecutors associated with the executive have a duty and responsibility to enforce the laws, investigate, and prosecute and therefore, “should not be the sole judges of when to utilize constitutionally sensitive means in pursuing their tasks” since “unreviewed executive discretion may yield too readily to pressures to obtain incriminating evidence and overlook potential invasions of privacy [...]”⁸⁷.

From the case law presented above one can get the impression that perhaps what makes the prosecutor incapable of making such decisions like intrusion into privacy is his relation with the executive. Indeed, in the American system it raises almost no question that the prosecutor is seen as a part of the executive branch⁸⁸. In the view of the US Supreme Court, “the Executive Branch has exclusive authority and absolute discretion to decide whether to prosecute a case”⁸⁹. Therefore, in a system that makes a prosecutor a part of the executive branch an impartial referee seems necessary to resolve whether an intrusion in such rights of an individual as privacy is justified. This would mean that in countries where the prosecution service is associated with the judiciary the problem should disappear. But this is not the case.

In Germany the prosecutor is seen as a neutral, objective official who holds a quasi-judicial role in fact-finding, whose duty during a criminal investigation is to examine the facts regardless of whether or not they support the initial suspicion⁹⁰. The prosecutor is obliged to investigate not only incriminating evidence but to look for evidence that might be of an exculpatory nature as well (Article 160 (2) CCP-Germany). Therefore, prosecutors are seen as “guardians of the law” (*Wächter der Gesetzes*)

⁸⁷ *United States v. United States District Court*, 407 U.S. 297 (1972), para. 317.

⁸⁸ GRAMCKOW, Heike. Prosecutor Organization and Operations in the United States. En: *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*. Sofia: Open Society Institute Sofia, 2008, p. 391; NEUBAUER, David W.; FRADELLA, Henry F. *America's Courts and the Criminal Justice System*. Boston: Cengage, 2017, p. 192.

⁸⁹ *United States v. Nixon* 418 US. 683, 693 (1974).

⁹⁰ WEIGEND, Thomas. Germany, op. cit., p. 266.

with a task to support public order and legality⁹¹. The organization of the prosecution service, as well as selection and training, mirrors the system prescribed for judges and the courts of law⁹². These features mark the German prosecution service, at least on a normative level, as having strong regulations towards independence and impartiality. And yet the prosecutors in Germany are not considered as fully independent of the executive. The organization of the prosecution service with the Minister of Justice on top both at the federal and state level (§ 147 COA⁹³) gives a clear impression of dependence on the executive⁹⁴. Moreover, the prosecutors are obliged to carry out the orders of their superiors (§ 146 COA), which may relate both to types of cases in general as well as to any individual case. It is also permissible that at any time in the course of proceedings a case can be taken out of the hands of an individual prosecutor and reassigned to another (§ 145 COA). This all led the German Federal Constitutional Court to the conclusion that prosecution is a part of the executive⁹⁵. The view of the majority would comply with this position, yet there are some who believe the opposite and some who would like to see prosecution as occupying an intermediate position between executive and judiciary⁹⁶. And as a result, the German prosecutor is not seen as neutral enough to be able to make the decision to interfere with someone's privacy in the form of ordering a search in a typical situation.

⁹¹ TRENDAFILOVA, Ekaterina; RÓTH, Werner, op. cit., p. 213.

⁹² GILLIÉRON, Gwladys. *Public Prosecutors in the United States and Europe*. Cham: Springer, 2014, p. 264.

⁹³ Court Organization Act (COA), *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)* of 9 May 1975.

⁹⁴ WEIGEND, Thomas. The Prosecution Service in the German Administration of Criminal Justice. En: TAK, Peter J.P. (ed.). *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004, p. 212.

⁹⁵ BVerfGE 32, 216 and BVerfGE 103, 142, 156.

⁹⁶ See discussion on that issue showing different perspectives by TRENDAFILOVA, Ekaterina; RÓTH, Werner, op. cit., p. 236. See also SIEGISMUND, Eberhard, op. cit., p. 64; ELSNER, Beatrix; PETERS, Julia. The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System. En: JEHLE, Jörg-Martin; WADE, Marianne (eds.). *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*. Springer, Heidelberg: Springer, 2010, p. 208.

In Poland in the past it was assumed that the prosecution service is a part of the judiciary⁹⁷. The connection with the judicial power was justified through the similar organizational structure of courts and the prosecution service, the joint system of education and training for judges and prosecutors, and the same salary as well as promotion structure in both groups. But the recent changes of law resulting from the Prosecution Service Act of 2016⁹⁸ aimed at the full subordination of the prosecution service to the Attorney General – the office held by the Minister of Justice – have changed the situation. Since the Attorney General gained the power to give instructions to any prosecutor regarding conducted investigations or prosecutions, including orders on what the person shall be charged with and with what kind of decision the individual case must be ended⁹⁹, the Polish prosecution service cannot be presumed as anything other than fully subordinated to the executive¹⁰⁰.

Perhaps the strongest position to that extent is held by the prosecutor in Italy. Italian prosecutors retain the judicial or at least quasi-judicial function¹⁰¹. This is a result of changes made to the Italian Constitution in 1948 that guaranteed the prosecutors the same level of independence as judges, positioning both groups within the judicial system (*magistratura*)¹⁰². Therefore, prosecutors are understood as independent of any other powers and bound by law to only act in compliance with the strongly pronounced principle of mandatory prosecution, i.e. the legality

⁹⁷ ZIĘBA-ZAŁUCKA, Hanna. Prokuratura w nowej ustawie z 2016 roku. Ekspertyza z podległością władzy wykonawczej. Przegląd Prawa Konstytucyjnego, n. 33, 2016, p. 117 and sources cited in footnote 18.

⁹⁸ *Ustawa Prawo o prokuraturze* [Prosecution Service Act] of 28 January 2016, Dz.U. 2016, poz. 177 (hereinafter: PSA 2016).

⁹⁹ Article 8 PSA 2016.

¹⁰⁰ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on the Act on the Public Prosecutor's Office as Amended, No. 892/2017, Strasbourg, 11 December 2017, [https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)028-e](https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)028-e), para. 115.

¹⁰¹ CAIANIELLO, Michele. The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings. In: LUNA, Erik; WADE, Marianne (eds.). *The Prosecutor in Transnational Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 250.

¹⁰² See Articles 104-106 of the Italian Constitution.

principle (Article 112 of the Italian Constitution)¹⁰³. Their role is to prosecute cases, but they also maintain full control over the investigation¹⁰⁴. The prosecutors are also seen by the Italian Constitutional Court as “mere prosecutors, but also an organ of justice that is obliged to search for all elements of evidence that are relevant for the correct verdict, including any elements in favor of the accused”¹⁰⁵. This all leads to the Italian prosecution service being positioned closer to the judicial and not the executive power¹⁰⁶. And if it was indeed true that the Italian prosecutor is as independent and impartial as a judge it would be understandable that the prosecutor may have similar authority, including a power to impose during criminal investigation such coercive measures as search warrants.

But the independence of the prosecution service as prescribed on the normative level does not remain uncontested¹⁰⁷. Even Italian law seems to have some doubts when it comes to the full equality of judges and prosecutors. While the prosecutor is allowed to impose some coercive measures during criminal investigation, e.g. the search, seizure, summoning, and questioning of witnesses, other remain outside of his competencies - detention (Article 275 CCP-Italy) and the interception of communication (Article 267 CCP-Italy)¹⁰⁸. This shows some lack of trust in prosecutors when making crucial decisions during a criminal investigation. Moreover, some scholars aptly argue that a system in which judges are structurally more proximate to the prosecutor than to the defendant can cause natural tendency to rule in favor of the prosecution, which leads

¹⁰³ ILLUMINATI, Giulio. The Role of the Public Prosecutor..., op. cit., p. 313.

¹⁰⁴ RUGGIERI, Francesca; MARCOLINI, Stefano. Italy. En: LIGETI, Katalin (ed.). *Toward a Prosecutor of the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2013, p. 369.

¹⁰⁵ Corte Costituzionale [Italian Constitutional Court], 15 February 1991, no. 88.

¹⁰⁶ MONTANA, Ricardo. Adversarialism in Italy: Using the Concept of Legal Culture to Understand Resistance to Legal Modifications and Its Consequences. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 20, 2012, p. 109.

¹⁰⁷ SCACCIANOCE, Caterina. The principle of mandatory prosecution and the independence of public prosecutors in the Italian Criminal Justice System. *ReAIDP/e-RIAPL A-01*, 2010, p. 6.

¹⁰⁸ See more on the scope of other coercive measures than search in Italian criminal proceedings in RUGGIERI, Francesca; MARCOLINI, Stefano, op. cit., pp. 370-389.

to a clear violation of the equality-of-arms principle¹⁰⁹. There are also some valid doubts whether the influence of the Ministry of Justice on the prosecution service exists¹¹⁰.

Taking the presented arguments under consideration, one can wonder if the only factor that excludes the prosecutor from being competent to authorize searches is the subordination to the Ministry of Justice and the proximity that the prosecutor has towards the executive power. It seems that the relationship that the prosecutor builds with the criminal justice agencies, mainly the police, and his level of engagement in the conduct of criminal investigation remains relevant.

This problem was addressed on several occasions by the US Supreme Court. For instance, in *Coolidge v. New Hampshire*¹¹¹ it was confirmed that the Attorney General does not have the level of detachment and neutrality that is demanded from an authority issuing search warrants. The fact that the Attorney General of New Hampshire was formally and unquestionably authorized, under then-existing law, to issue search warrants as a justice of peace, became an important issue in this case. Even though he would regularly issue search warrants, such activity raised some valid questions. The Supreme Court pointed out that in this case the Attorney General took charge of all police activities relating to the murder at stake and took a role of the chief prosecutor in the trial following the investigation. This made it ultimately obvious that he could not be seen as sufficiently neutral. The relation that the Attorney General had with a case and with officers conducting the investigation made him too involved to be allowed to make such decisions as ordering a search. According to the US Supreme Court, participation in the search by the person that issued the search warrant is not compatible with a neutral and detached magistrate¹¹².

¹⁰⁹ DI FEDERICO, Giuseppe. Prosecutorial Independence and the Democratic Requirement of Accountability in Italy: Analysis of a Deviant Case in a Comparative Perspective. *British Journal of Criminology*, n. 38, 1998, pp. 381-382.

¹¹⁰ CAIANIELLO, Michele. The Italian Public Prosecutor..., op. cit., p. 256.

¹¹¹ *Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971).

¹¹² *Lo-Ji Sales, Inc. v. New York*, 442 U.S. 319 (1979), para. 327 ("[the magistrate] allowed himself to become a member, if not the leader, of the search party which was essentially a police operation. Once in the store, he conducted a

The decision to search should be made in a normal situation by an authority not engaged in criminal investigations, since only in this way can a desired level of objectivity and independence in the evaluation of this measure be ensured. This remains true for the engagement of every single prosecutor in proceedings in a case where the decision to conduct a search is to be made. But it also relates to the position of the prosecution service in general where the prosecution service remains in a long-term relationship with the criminal justice agencies conducting criminal investigations. How can one independently evaluate the need to conduct a search if one is pushed to grant authority by police officers with whom one works closely every day?

The prosecutor cannot guarantee such standards while he or she remains both organizationally and procedurally engaged in criminal investigation. This is a case for all continental countries. In Germany the control of the prosecutor of criminal investigations remains undisputed, allowing him to give orders to police officers while they conduct investigations (Article 161 (1) CCP-Germany)¹¹³. Similarly, in Italy the prosecution service supervises criminal investigations, exercising control over the investigating officers by giving orders and directing the investigative process¹¹⁴. The close connection that the Italian prosecutors retain with police during the conduct of criminal investigations is also clearly seen by the obligation of the police to immediately pass information (Article 347 (1) CCP-Italy) on the possible committing of a crime (*notitia criminis*) to the prosecutor as well as subordinating police to him (Article 327 CCP-Italy). That immediately gives him full control over police actions¹¹⁵. This is also true for Poland, where the prosecutor – typically

generalized search under authority of an invalid warrant; he was not acting as a judicial officer, but as an adjunct law enforcement officer”). Cf. *Connally v. Georgia*, 429 U.S. 245 (1977) (In this case the US Supreme Court held unconstitutional the statute that authorized payment of five dollars to each magistrate issuing a search warrant while no money was given to those denying warrants). See also similar arguments in cases involving payment received by judges upon conviction in *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510 (1927).

¹¹³ GILLIÉRON, Gwladys, op. cit., p. 266.

¹¹⁴ CAIANIELLO, Michele. The Italian Public Prosecutor..., op. cit., p. 251.

¹¹⁵ This is true regardless of the fact that the police are not forbidden from undertaking some investigative actions themselves, as provided in Article 348 CCP-Italy.

known as “the master of proceedings” (*dominus litis*) – plays a key role during criminal investigations¹¹⁶. The Polish prosecutor either conducts the criminal investigation or supervises it in cases where the police are allowed by law to conduct it (Article 298 (1) CCP-Poland). Therefore, the scope of powers of the prosecutor especially with regard to control over police investigative actions is broad, including taking part in the investigation as well as giving orders to the police officers (Article 326 (3) CCP-Poland).

Such normatively prescribed prosecutorial control over criminal investigation might however be differently employed in practice. In particular in less serious cases, the prosecutorial engagement of the prosecutor might be visibly reduced or even somewhat illusionary until final decisions on how to end a case are made. But this does not undermine the strong relationship that bounds the prosecution service and the police built to achieve the aim of obtaining enough evidence to prove the guilt of the defendant. They work closely on a daily basis, even if this cooperation is stronger in the case of more serious crimes. They discuss, consult, and investigate together. Therefore, this long-term bond makes it hard or even impossible to make decisions independently enough to aspire to the high standard demanded by the imposition of such measures as search.

The close relationship of the prosecutor with the law enforcement authorities and his involvement in the course of procedural activities undertaken during the criminal process makes his perspective too narrow, or even tunneled, which makes it impossible to objectively assess the need for searches. It seems that vesting in prosecutorial hands the power to decide on such a measure results more from the pragmatic reasons aimed at the quick and efficient conduct of criminal investigations without resorting to judicial authority.

IV. CONCLUSIONS

As aptly summed up by the US Supreme Court in *Brinegar v U.S.*, “[u]ncontrolled search and seizure are the first and most effective

¹¹⁶ NOWAK, Celina; STEINBORN, Sławomir, op. cit., p. 499.

weapons in the arsenal of every arbitrary government”¹¹⁷. It remains true for every legal system, regardless of whether inquisitorial or adversarial. It is clear that restrictions imposed on the right to privacy should be applied in a way that protects the individual to the highest possible extent. Notwithstanding the need to conduct effective investigations to fight crime efficiently, coercive measures shall only be performed when they are necessary and only when certain grounds are met.

It is broadly accepted that officers engaged in the daily work of law enforcement agencies are incapable of evaluating properly the need to conduct searches. Therefore, searches must be subjected to the scrutiny of an independent organ that would be entitled to authorize these measures prior to their execution and assess them when they have already taken place. As the research shows, the prosecutor cannot be regarded as such an authority. The assumed proximity to the executive power excludes the prosecutor from being granted with the same level of impartiality and independence as the judge, even if the legal provisions in some countries tend to prove the opposite. And even more important is the relationship that the prosecutor builds with the police and other law enforcement agencies conducting criminal investigations. The close cooperation built upon the cases investigated and prosecuted together with criminal justice agencies raises the likelihood that the prosecutor will become prejudiced towards the investigative actions planned and conducted by these agencies. Therefore, it should be considered that the prosecutor does not have the necessary amount of objectivity required in such cases.

This altogether makes the prosecutor incompetent to authorize searches, regardless of whether it is done prior to the search or post-factum. Such power should be granted solely to the judge as an authority providing the adequate protection of the rights of the person to privacy. The judicial oversight of searches does not guarantee lawful and reasonable behavior in all cases, but it undoubtedly increases the protection of an individual's rights.

¹¹⁷ *Brinegar v US* 338 US 160 (1949) 180.

REFERENCES

AMODIO, Ennio; SELVAGGI, Eugenio. An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure. *Temple Law Review*, n. 62, 1989.

BRADLEY, Craig. The Exclusionary Rule in Germany. *Harvard Law Review*, n. 96, 1983.

CAIANIELLO, Michele. The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings. In: LUNA, Erik; WADE, Marianne (eds.). *The Prosecutor in Transnational Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

CAIANIELLO, Michele. *Increasing Discretionary Prosecutor's Powers: The Pivotal Role of the Italian Prosecutor in the Pretrial Investigation Phase*. Oxford: Oxford Handbooks Online, 2016. <http://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935383.013.122>

COLB, Sherry F. Probabilities in Probable Cause and Beyond: Statistical Versus Concrete Harms. *Law and Contemporary Problems*, n. 73, 2010.

DI AMATO, Astolfo. *Criminal Law in Italy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2013.

DI FEDERICO, Giuseppe. Prosecutorial Independence and the Democratic Requirement of Accountability in Italy: Analysis of a Deviant Case in a Comparative Perspective. *British Journal of Criminology*, n. 38, 1998.

DRESSLER, Joshua; THOMAS III, George. *Criminal Procedure. Principles, Policies and Perspectives*. St Paul: West Academic, 2017.

ELSNER, Beatrix; PETERS, Julia. The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System. In: JEHLE, Jörg-Martin; WADE, Marianne (eds.). *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*. Heidelberg: Springer, 2010.

FABRI, Marco. Criminal Procedure and Public Prosecution Reform in Italy: A Flash Back. *International Journal for Court Administration*, n.10, 2008.

FRASE, Richard; WEIGEND, Thomas. German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform. *Boston College International and Comparative Law Review*, n. 18, 1995.

GILLIÉRON, Gwladys. *Public Prosecutors in the United States and Europe*. Cham: Springer, 2014.

GRAMCKOW, Heike. Prosecutor Organization and Operations in the United States. In: *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*. Sofia: Open Society Institute Sofia, 2008.

GRANDE, Elisabetta. Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. *American Journal of Comparative Law*, n. 48, 2000.

GRAY, David. Fourth Amendment Remedies as Rights: The Warrant Requirement. *Boston University Law Review*, n. 96, 2016.

GROCHOWSKI, Jacek. Przeszukanie w procesie karnym jako instytucja wyznaczająca granice konstytucyjnych praw osobistych. *Problemy Prawa Karnego*, n. 17, 1991.

ILLUMINATI, Giulio. The Role of the Public Prosecutor in the Italian System. In: TAK, Peter J.P. (ed.). *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004.

ILLUMINATI, Giulio. The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988). *Washington University Global Studies Law Review*, n. 4, 2005.

KUHNE, Heinz-Heinrich. Germany. In: VAN DEN WYNGAERT, Christine (ed.). *Criminal Procedure Systems in the European Community*. London: Butterworths, 1993.

KOPER, Radosław. Przeszukanie w wypadkach niecierpiących zwłoki. *Prokuratura i Prawo*, n. 11–12, 2014.

KREMENS, Karolina. The limits of interference with the right to privacy and property in criminal proceedings. In: SKORUPKA, Jerzy (ed.). *The model of acceptable interference with the rights and freedoms of an individual in criminal process*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.

LASAGNI, Giulia. Tackling phone searches in Italy and the United States: Proposals for a technological rethinking of procedural rights and freedoms. *New Journal of European Criminal Law*, n. 9, 2018.

MONTANA, Ricardo. Adversarialism in Italy: Using the Concept of Legal Culture to Understand Resistance to Legal Modifications and Its Consequences. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 20, 2012.

NEUBAUER, David W.; FRADELLA, Henry F. *America's Courts and the Criminal Justice System*. Boston: Cengage, 2017.

NOWAK, Celina; STEINBORN, Sławomir. Poland. En: LIGETI, Katalin (eds.). *Toward a Prosecutor of the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2013.

PANZAVOLTA, Michele. Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System. *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, n. 30, 2004.

PERRODET, Antoinette. The Italian System. In: DELMAS-MARTY, Mireille; SPENCER, John R (eds.). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

RUGGIERI, Francesca; MARCOLINI, Stefano. Italy. In: LIGETI, Katalin (ed.). *Toward a Prosecutor of the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2013.

SAKOWICZ, Andrzej. Poszanowanie życia prywatnego w postępowaniu karnym. *Jurysta*, n. 6, 2000.

SCACCIANOCE, Caterina. The principle of mandatory prosecution and the independence of public prosecutors in the Italian Criminal Justice System. *ReAIDP/e-RIAPL A-01*, 2010.

SCHEB, John M; SCHEB, John M II. *Criminal Procedure*. Belmont: Wadsworth, 1999.

SIEGISMUND, Eberhard. *The Public Prosecution Office in Germany: Legal Status, Function and Organization*. Effective Administration of the Police and the Prosecution in Criminal Justice. The 120th International Senior Seminar, 2003. Available at: <https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No60/No60_10VE_Siegismund2.pdf>. Access on: 3 September 2020.

SKORUPKA, Jerzy. Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym (cz. I). *Palestra*, v. 9-10, 2007.

SKORUPKA, Jerzy. Konstytucyjne i konwencyjne granice przeszukania w postępowaniu karnym (cz. II). *Palestra*, n. 11-12, 2007.

SKORUPKA, Jerzy. Komentarz do art. 220 k.p.k. En: SKORUPKA, Jerzy (ed.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa: CH Beck, 2018.

STEINBORN, Sławomir. Problem organu uprawnionego do stosowania przeszukania w toku procesu karnego w świetle unormowań konstytucyjnych i prawnomiędzynarodowych. *Gdańskie Studia Prawnicze*, n. 19, 2008.

TRENDAFILOVA, Ekaterina; RÓTH, Werner. Report on the Public Prosecution Service in Germany. In: *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*. Sofia: Open Society Institute Sofia, 2008.

WEIGEND, Thomas. The Prosecution Service in the German Administration of Criminal Justice. In: TAK, Peter J.P. (ed.). *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004.

WEIGEND, Thomas; SALDITT, Franz. The Investigative Stage of the Criminal Process in Germany. In: CAPE, Ed; HODGSON, Jacqueline; PRAKKEN, Ties; SPRONKEN, Taru (eds.). *Suspects in Europe*. Antwerpen: Intersentia, 2007.

WEIGEND, Thomas. Germany. In: LIGETI, Katalin (ed.). *Toward a Prosecutor of the European Union, Volume 1: A Comparative Analysis*. London: Hart Publishing, 2013.

ZIĘBA-ZAŁUCKA, Hanna. Prokuratura w nowej ustawie z 2016 roku. Eksperyment z podległością władzy wykonawczej. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, n. 33, 2016.

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 2011.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: This work is a result of the research project financed by the Polish National Science Center 2018/30/E/HS5/00338. The earlier version of this article has been presented during the 8th Annual Conference of the Younger Comparativists Conference of the ASCL held at the McGill Law School on May 10, 2019. I am grateful to all participants for their helpful comments.

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 07/07/2020
 - Controle preliminar e verificação de plágio: 07/07/2020
 - Avaliação 1: 20/07/2020
 - Avaliação 2: 26/07/2020
 - Avaliação 3: 11/08/2020
 - Decisão editorial preliminar: 15/08/2020
 - Retorno rodada de correções: 04/09/2020
 - Decisão editorial final: 08/09/2020
- Equipe editorial envolvida
- Editor-chefe: 1 (VGV)
 - Revisores: 3

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

KREMENS, Karolina. The authority to order search in a comparative perspective: a call for judicial oversight. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1585-1626, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.412>



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

La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España

The declaration of the victim of the gender violence crime: latest jurisprudential trends in Spain

Alicia González Monje¹

Universidad de Salamanca – Salamanca/España

alicia.g.monje@usal.es

 <http://orcid.org/0000-0002-9110-7406>

RESUMEN: La declaración de la víctima del delito ha ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo en el proceso penal español, hasta el punto de convertirse en esencial para enervar la presunción de inocencia en aquellos procesos en que se constituye como única prueba de cargo. Tal circunstancia ha alcanzado mayor relevancia, aún si cabe, en los delitos relacionados con la violencia de género, caracterizados, por un lado, por las especiales particularidades que confluyen en quien además de víctima del hecho delictivo es testigo de este y, por otro, por el escaso acervo probatorio con que suele contar el juzgador en los procesos penales seguidos por tales hechos, al ser conductas estas generalmente cometidas en la intimidad de la relación de pareja. El presente trabajo tiene por objeto analizar los parámetros orientativos proporcionados por el Tribunal Supremo español en la declaración de tales víctimas. Se examinará la posición jurisprudencial tradicional y se valorará posteriormente, de una manera crítica, la ampliación que de dichos criterios ha realizado la reciente sentencia del Tribunal Supremo 119/2009, de 6 de marzo, a fin de determinar la necesidad o no de dicha ampliación, así como la incidencia de su aplicación en los procesos seguidos por delitos relacionados con la violencia de género.

¹ Profesora Ayudante de Derecho Procesal en la Universidad de Salamanca (España). Doctora en Derecho.

PALABRAS-CLAVE: declaración de la víctima; violencia de género; prueba penal.

ABSTRACT: *The declaration of the victim of the crime has been gaining prominence in the Spanish criminal process, to the point of becoming essential to enervate the presumption of innocence in those processes in which it is the only proof of charge. This circumstance has become even more relevant, even if possible, in crimes related to gender violence, characterized, on the one hand, by the special characteristics that converge on someone who, in addition to being a victim of the criminal act, is a witness to it and, on the other, due to the scarce body of evidence that the judge usually has in the criminal proceedings followed by such acts, as these are behaviours generally committed in the intimacy of the couple's relationship. The purpose of this work is to analyse the guiding parameters provided by the Spanish Supreme Court in the declaration of such victims. The traditional jurisprudential position will be examined and the expansion that these criteria have made in the recent ruling of the Supreme Court 119/2009, of March 6, will be critically assessed afterward, to determine the need or not for such expansion, as well as the incidence of its application in the processes followed by crimes related to gender violence.*

KEYWORDS: *declaration of the victim; gender violence; criminal evidence.*

CONTENIDO: Introducción; 1. La víctima como testigo cualificado o el testigo-víctima; 2. La declaración de la víctima como única prueba de cargo; 2.1. La construcción jurisprudencial "tradicional" en España; 2.2. La nueva tendencia jurisprudencial de aplicación a la violencia de género; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar sin rubor que la respuesta del legislador español frente a la violencia de género ha sido y es contundente. La promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género² es una muestra de ello, marcando

² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *BOE*, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004,

un antes y un después en la lucha contra la lacra social que representa la violencia ejercida sobre las mujeres “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”³.

A la par se ha ido avanzando en el reconocimiento a la víctima, en general, de un papel cada vez más preponderante en el proceso penal⁴, culminando esta tendencia en la promulgación de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, con la vocación, según su Exposición de Motivos, de ser “el catálogo general de los derechos, procesales y extraprocesales, de todas las víctimas de delitos”⁵.

No obstante, a pesar de los avances que ello ha supuesto, en especial, en cuanto a asistencia, apoyo y reconocimiento de derechos, el silencio de las víctimas es una constante en los procesos penales seguidos por violencia de género en España. Silencio que se articula de diversas maneras, bien mediante la retirada de la denuncia inicialmente interpuesta, bien mediante el acogimiento a la llamada dispensa del deber de declarar que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 416 para los “parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil”⁶, tanto en fase de instrucción como en fase de juicio oral.

Según los datos proporcionados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, las renunciaciones de las víctimas de violencia de género al proceso oscilan

pp. 42166 a 42197.

³ Art. 1 Ley Orgánica 1/2004.

⁴ Señala Ortiz Pradillo que se ha pasado de “un olvido material y procesal casi absoluto” al reconocimiento de un papel principal en el proceso. ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima (1). *Diario La Ley*, n. 8697, 2016, p. 2.

⁵ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. *BOE*, núm. 101, de 28 de abril de 2015, pp. 36569 a 36598.

⁶ Art. 416 LECrim.

entre el 10,06% en el año 2007 y el 12,4% en los años 2014 y 2015⁷ en sus picos mínimo y máximo. Por su parte, las distintas Memorias de la Fiscalía General del Estado atribuyen en porcentajes elevados, entre el 33,07% y el 58,5%, las retiradas de acusación por parte del Ministerio Público en los casos en que las víctimas se niegan a declarar en el plenario contra su agresor al hacer uso de la dispensa prevista en el artículo 416⁸.

Se atribuye, así, a la declaración de la víctima de violencia de género un papel preponderante en el proceso penal, no ya limitado al ejercicio tradicional de la acusación particular que le permite ser parte activa del proceso, sino haciendo depender, en muchas ocasiones, con su declaración en el juicio oral el logro de una sentencia condenatoria, según decida ejercitar o no el derecho que legalmente tiene conferido a no declarar contra el acusado pariente en aplicación del citado artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹.

Esta cuestión no es baladí, si tenemos en cuenta que los delitos relacionados con la violencia de género se caracterizan precisamente por cometerse en la intimidad del domicilio, ajenos a la mirada de terceros, con una importante consecuencia y es que, en muchos casos, será la propia víctima del ilícito penal la única que pueda relatar cómo han ocurrido los hechos, encontrándose el proceso huérfano de toda prueba al margen de la declaración de la misma.

Determinar el papel que ha de tener en el proceso penal la declaración de aquella persona en la que concurren las condiciones de víctima y testigo es el objetivo principal de este trabajo, analizando la doctrina jurisprudencial consolidada en la materia, y aportando la nueva tendencia marcada por las resoluciones judiciales más recientes, a la vez que se delimita la necesidad de consolidar legalmente un estatuto procesal autónomo para la declaración del testigo-víctima que huya de valoraciones subjetivas de difícil encaje en el proceso penal.

⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Datos estadísticos proporcionados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (2007-2018). Disponible en: www.poder-judicial.es. Acceso en: 22 de marzo de 2020.

⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Memorias Anuales (2006-2018).

⁹ PIÑEIRO ZABALA, Igor. Testigo y víctima: Dispensa a declarar. *Diario La Ley*, n. 7519, 2010, p. 1.

1. LA VÍCTIMA COMO TESTIGO CUALIFICADO O EL TESTIGO-VÍCTIMA

La confluencia en la mujer que ha sido el sujeto pasivo de un delito relacionado con la violencia de género de las condiciones de víctima y testigo coloca a la misma en un estatus procesal específico¹⁰. Es obvio que no es lo mismo ser un testigo del hecho delictivo, en el sentido de un extraño que percibe de manera directa el delito, a ser la víctima del mismo en cuanto sujeto pasivo de aquel.

Lo anterior nos lleva a concluir que la víctima en modo alguno puede ser ese “tercero ajeno a los hechos”¹¹ como nota consustancial a la figura del testigo en sentido estricto¹², lo que le confiere determinadas especificidades respecto del mismo con trascendencia en la posición que ha de atribuírsele en el proceso penal¹³, en especial en orden a la declaración que de los hechos sufridos pueda prestar, algo si cabe más acusado en la valoración del testimonio de un delito cometido en el ámbito de la violencia de género¹⁴.

¹⁰ Sobre la dificultad de conjugar ambas cualidades, ver: MARTÍN RÍOS, María Pilar. *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: Editorial Atelier, 2012, p. 134.

¹¹ MAGRO SERVET, Vicente. La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?. *Diario La Ley*, n. 6333, 2005, p. 12.

¹² Tal consideración sería necesaria en materia de protección. MARTÍN RÍOS, María Pilar. Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 15, 2008, p. 3.

¹³ En contra de la consideración de la víctima como testigo cualificado: RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 147-149.

¹⁴ No le falta razón a Balerdi Múgica cuando señala que “analizar y valorar testimonios propios del enjuiciamiento de delitos relacionados con la violencia de género, atendiendo exclusivamente parámetros de racionalidad, diseñados y previstos para su aplicación a supuestos de total desvinculación víctima/agresor, constituya camino propicio hacia una desenfocada comprensión del conflicto”. BALERDI MÚGICA, José Manuel. El testimonio en delitos de violencia de género en la jurisprudencia. Valoración y efectos probatorios. En: ÉRICE MARTÍNEZ, María Esther (Dir.). *Práctica y valoración de la prueba en violencia de género*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 54.

A pesar de lo expuesto, y aunque la distinta posición que ocupan el testigo en sentido estricto y el testigo-víctima se reconocen sin ambages por la doctrina¹⁵ y la jurisprudencia española, aún no se ha abordado de manera integral en el ordenamiento jurídico español el tratamiento que ha de tener la declaración de la víctima en el proceso penal, laguna que tradicionalmente ha sido colmada con construcciones jurisprudenciales, sin que exista plasmación legislativa al respecto.

Recientemente y con carácter general, el Tribunal Supremo español, en Sentencia 282/2018, de 13 de junio, aboga por una reforma procesal en la que se plasme la distinta posición que tiene en el proceso quien ostenta la condición de víctima en comparación con quien es testigo en sentido estricto, y que esa diversa posición tenga reflejo en lo que a los medios de prueba se refiere, argumentando que lo contrario, esto es, considerar a la víctima un mero testigo, “desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima”¹⁶.

En la misma línea ya se habían pronunciado Castillejo Manzanares y Serrano Massip, al considerar necesario establecer un estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal, con distinciones respecto al testigo en sentido estricto en cuanto al deber y dispensa de declarar, entre otras cuestiones¹⁷. Da un paso más allá, en el ámbito que nos ocupa, Fuentes Soriano, al reclamar un sistema probatorio que se adapte a las particularidades de los delitos relacionados con la violencia de género¹⁸.

En todo caso, aunque la atribución de este estatuto privilegiado autónomo¹⁹ de la declaración de la víctima, independiente al consagrado

¹⁵ MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 455-456.

¹⁶ STS 282/2018, de 13 de junio. ROJ: STS 2182/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2182.

¹⁷ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; SERRANO MASSIP, Mercedes. Denuncia y dispensa del deber de declarar. En: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.). *Violencia de género y justicia*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 579.

¹⁸ FUENTES SORIANO, Olga. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 44, 2018, p. 3.

¹⁹ Tal como ya proponía Magro Servet. Ver: MAGRO SERVET, Vicente. Hacia una ley integral de la víctima en el proceso penal: una propuesta sistemática. *Diario La Ley*, n. 7226, 2009, p. 4.

para la prueba testifical en sentido estricto, no se ha producido²⁰, no es menos cierto que el legislador español ha dado algún tímido paso hacia la diferenciación de ambas posiciones, pues, consciente de las particulares circunstancias que concurren en quienes confluyen la condición de víctima y testigo, prevé una modificación del artículo 433 LECrim²¹, en virtud del apartado once de la Disposición Final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, para reconocer así que aquella pueda hacerse acompañar por otra persona elegida por ella misma en la práctica de la declaración testifical.

De la referida reforma podemos extraer dos consecuencias: en primer lugar, que se introducen por primera vez en la regulación de la prueba testifical dos conceptos diferenciados: el de testigo en sentido

²⁰ Apreciando la dificultad de tal cometido “en función de la propia configuración del objeto del proceso penal a partir del elemento subjetivo”, ver: SERRANO MASSIP, Mercedes. La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 29, 2013, p. 16.

²¹ Art. 433 LECrim: “Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el Juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma.

En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”.

estricto, y el de testigo-víctima²², que ha de serlo conforme a lo dispuesto en el Estatuto de la víctima del delito, comprendiendo tanto a la víctima directa²³ como indirecta²⁴; y, en segundo lugar, que el alcance de la diferenciación es limitado, en el sentido de no ir más allá de otorgar a la víctima-testigo un plus de consideración, un derecho extraprocesal para que pueda estar acompañada mientras presta declaración, lo cual obedece, a nuestro juicio, a la propia finalidad del Estatuto, que no es otra, según su Exposición de Motivos, que la “salvaguarda integral de la víctima”, en un “concepto amplio de reconocimiento, protección y apoyo”²⁵ de la misma, pero sin que tenga mayor reflejo en el plano de sus derechos procesales.

2. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO

La víctima es una de las dos partes de un hecho delictivo, es el sujeto pasivo del mismo y, como ya se ha señalado reiteradamente, no

²² Nótese que no hace diferencia alguna por el tipo de delito.

²³ Víctima directa será, según el art. 2 a) del la Ley 4/2015, “toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”.

²⁴ Víctima indirecta será, según el art. 2 b) del la Ley 4/2015, “en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima”.

²⁵ Exposición de Motivos de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito.

puede considerarse un tercero ajeno a los hechos. Tal consideración hizo que la jurisprudencia española se cuestionara el papel que habría que reconocerle a la declaración de aquella en el proceso penal, llegando a la conclusión de que puede constituirse en prueba de cargo única para enervar la presunción de inocencia, siempre que se practique con las debidas garantías y se haya introducido en el proceso de acuerdo con los principios de publicidad, contradicción e intermediación, en coherencia, por un lado, con el sistema de libre valoración de la prueba que rige en el proceso penal español, y de otro, para colmar la laguna de impunidad que se produciría en la comisión de aquellos delitos que se producen fundamentalmente en la intimidad, entendida ésta como un escenario propicio fuera del alcance de los ojos de terceros²⁶.

El papel asignado a la víctima por medio de su declaración adquiere, por tanto, un especial protagonismo en los procesos seguidos por violencia de género, en la medida en que los hechos delictivos que los motivan se producen con frecuencia en la intimidad del domicilio²⁷, con la sola presencia de víctima y victimario²⁸, circunstancia que por sí misma dificulta el proceso probatorio. Por ello, es frecuente que en un elevado número de estos procesos se cuente sólo con la declaración de la víctima como única prueba de cargo²⁹, encontrándonos sin testigos

²⁶ STS 238/2011, de 21 de marzo. ROJ: STS 1991/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1991.

²⁷ MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género. En: DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2009, pp. 453-454.

²⁸ Entendiéndose que “nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad víctima e inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad”, pudiendo, en consecuencia, condenarse con la declaración de un solo testigo, incluso cuando su testimonio se enfrenta a varios que se expresan en dirección opuesta, como señala la STS 725/2007, de 13 de septiembre (con cita de las STSS 409/2004, de 24 de marzo, 104/2002, de 29 de enero, y 2035/2002, de 4 de diciembre). ROJ: STS 6124/2007 - ECLI:ES:TS:2007:6124.

²⁹ En un estudio del Consejo General del Poder Judicial español del año 2009, de las 606 sentencia totales analizadas, en 34 de ellas la declaración de la víctima constituyó prueba de cargo única, dando lugar a 14 sentencias condenatorias, y 11 absolutorias, más 9 casos en que se valoraron otros aspectos. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, GRUPO DE EXPERTOS Y EXPERTAS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ. Estudio

que hayan presenciado los hechos y sin vestigios materiales del delito, como en el caso de las amenazas o coacciones; en definitiva, sin dato objetivo alguno que sirva de corroboración a la declaración de los sujetos activo y pasivo del delito, los cuales ostentarán, como es lógico, posiciones contrapuestas.

En este orden de cosas, de la doctrina jurisprudencial consolidada en la materia, podemos extraer una serie de afirmaciones pacíficamente admitidas, entre otras, que la declaración de la víctima es prueba directa y no prueba indiciaria; que no se convierte de manera automática en prueba de cargo, pues en todo caso está sometida a la valoración del tribunal; que dichas declaraciones no son totalmente asimilables a las de un tercero; que “tienen valor de prueba testifical, siempre que se practiquen con las debidas garantías y son hábiles por sí solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia”; y que “cuando es la única prueba de cargo exige una cuidada valoración” por el juez o tribunal³⁰.

En aquellos procesos penales en los que, por tanto, la declaración de la víctima integre de manera única el acervo probatorio, debemos plantearnos cómo encontramos el equilibrio necesario entre el derecho a la presunción de inocencia del presunto autor del delito y la legítima expectativa de justicia que se le ha de presuponer a toda víctima³¹. Más en concreto, qué parámetros han de concurrir en esa declaración para que tenga el valor de prueba testifical incriminatoria, de cargo, de manera que la misma no dependa únicamente de la impresión subjetiva del juzgador obtenida por la necesaria intermediación de su práctica, sino que pueda apoyarse en componentes de carácter objetivo que

sobre la Aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales, p. 38. Disponible en: www.poderjudicial.es. Acceso en: 22 de marzo de 2020.

³⁰ Por todas, en esta materia, la STS 119/2019, de 6 de marzo. ROJ: STS 678/2019 - ECLI:ES:TS:2019:678.

³¹ Para un estudio profundo de la tensión entre ambas cuestiones en los delitos relacionados con la violencia de género, ver: MARTÍN DIZ, Fernando. Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género. *Revista Ius et Praxis*, n. 3, 2018, pp. 19-66.

le permitan formar con acierto su convicción³², y todo sin que ello suponga una merma en las garantías procesales del acusado³³.

La trascendencia es tal, que se ha afirmado que cuando la declaración de la víctima constituye la única prueba de cargo, se produce una “situación límite de riesgo”³⁴ para el derecho a la presunción de inocencia³⁵, extremándose ese riesgo si es la víctima “quien inició el proceso mediante la correspondiente denuncia o querrela, haciéndose aún más acentuado si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación al propio acusador”³⁶.

³² Teniendo en cuenta, como señala Balerdi Múgica, que “Se trata de requisitos que no garantizan la veracidad de la declaración, pero que orientan para disminuir las posibilidades de error en la valoración”. BALERDI MÚGICA, José Manuel. *El testimonio en delitos de violencia de género en la jurisprudencia. Valoración y efectos probatorios*. En: ÉRICE MARTÍNEZ, María Esther (Dir.). *Práctica y valoración de la prueba en violencia de género*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 59.

³³ En este sentido, debemos tener en cuenta lo declarado en la STS 278/2007, de 10 de abril, cuando establece que “hay que afirmar que no existe un estándar de prueba menos exigente para los casos de acciones cometidas en la clandestinidad; aunque tal sea lo que podría entenderse a partir de algunas afirmaciones poco afortunadas de cierta jurisprudencia. El derecho a la presunción de inocencia es de carácter absoluto: cualquiera que sea la imputación, debe estar bien acreditada en todos sus elementos centrales, para que pueda dar lugar a una sentencia condenatoria. Y el supuesto argumento -de frecuente invocación- de la necesidad de evitar la impunidad de acciones producidas sin la concurrencia de testigos, privilegiando para ello, alguna clase de prueba, no se sostiene. Pues el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los actos penalmente relevantes, es la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como soporte una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada, y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos”. ROJ: STS 2277/2007 - ECLI:ES:TS:2007:2277.

³⁴ Por todas, la STS 1346/2002, de 18 de julio. ROJ: STS 5470/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5470.

³⁵ Sobre los riesgos para el derecho a la presunción de inocencia: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 97-99.

³⁶ En esta línea, la STS 7/2016, de 20 de enero. ROJ: STS 81/2016 - ECLI:ES:TS:2016:81.

Ahora bien, para atribuirle tal valor probatorio, y poder excluir que concurren otras razones que incidan en la veracidad de lo declarado, se requiere que la valoración que realiza el juzgador se ajuste a una serie de parámetros que habrán de ser ponderados por el mismo.

La fijación de tales criterios se ha realizado por el Tribunal Supremo español en una dilatada producción jurisprudencial, con la intención de proporcionar al juzgador de instancia una serie de parámetros que le ayuden a formar su convicción³⁷, sin desconocer la importancia de la intermediación en cuanto “contacto directo con la fuente de prueba”³⁸.

Así, y respecto de los mencionados criterios o parámetros, se hace necesario realizar una serie de consideraciones previas al examen de los mismos, extraídas de la propia doctrina jurisprudencial, que nos van a permitir situar el alcance que tradicionalmente se les viene atribuyendo:

a) En primer lugar, que no estamos ante requisitos de validez como los que operarían en un sistema de prueba legal o tasada³⁹, sino ante “estándares orientados a facilitar la objetivación y la expresión de la valoración del cuadro probatorio”⁴⁰, no siendo, por tanto, verdades incontrovertibles⁴¹.

b) En segundo lugar, que tales criterios orientativos no han de concurrir cumulativamente⁴².

c) Y en tercer lugar, que tienen un valor relativo⁴³, en un triple sentido: en la medida en que la insuficiencia en uno de los criterios

³⁷ Teniendo en cuenta que según la STS 57/2019, de 5 de febrero, “no quiere decir que sean reglas de valoración de la prueba que sustituyan la libre evaluación que corresponde a los tribunales de instancia, convirtiendo así a la prueba testifical en una suerte de prueba tasada legalmente en cuanto a las condiciones de su eficacia demostrativa”. ROJ: STS 328/2019 - ECLI:ES:TS:2019:328.

³⁸ STS 570/2009, de 21 de mayo. ROJ: STS 3567/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3567.

³⁹ STS 150/2015, de 18 de marzo. ROJ: STS 1390/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1390.

⁴⁰ En tal sentido, la STS 437/2015, de 9 de julio. ROJ: STS 3491/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3491.

⁴¹ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. “Conclusiones del Seminario La prueba en el proceso penal”. Madrid: Conclusiones de Seminarios, Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 7.

⁴² Así se dispone en la STS 381/2014, de 21 de mayo. ROJ: STS 2027/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2027.

⁴³ Según la STS 3/2015, de 20 de enero. ROJ: STS 178/2015 - ECLI:ES:TS:2015:178

puede compensarse con la fuerza de los demás; en el sentido de que “un insuficiente cumplimiento de los tres módulos de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia”⁴⁴; y en el entendimiento de que la concurrencia de los tres criterios no supone automáticamente la enervación de la presunción de inocencia, sino que dependerá de la libre valoración del tribunal con una adecuada motivación⁴⁵.

2.1. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL “TRADICIONAL” EN ESPAÑA

Pasemos a analizar los criterios en cuestión, siguiendo lo dispuesto en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 717/2018, de 17 de enero de 2019⁴⁶, por entender que aúna toda la doctrina jurisprudencial en la materia:

A) Ausencia de incredibilidad subjetiva

La falta de credibilidad subjetiva se ha asociado tradicionalmente por la jurisprudencia, en primer lugar, a la concurrencia de determinadas circunstancias de carácter físico o psíquico que pudieran concurrir en un testigo, haciendo más débil su testimonio, como pueden ser la ceguera, la sordera o incluso la edad; a lo que habría que añadir la incidencia que algunas dependencias como al alcohol o a las drogas pudieren tener sobre la credibilidad del testimonio⁴⁷.

⁴⁴ STS 355/2015, de 28 de mayo. ROJ: STS 2599/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2599.

⁴⁵ Como señala la STS 150/2015, de 18 de marzo, “no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenido como válidamente inculpatorio. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera debería ser desestimado ad limine como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará atendible en principio, y, por tanto, estará justificado pasar -en un segundo momento- a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para tratar de confirmar la calidad de los datos”. ROJ: STS 1390/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1390.

⁴⁶ STS717/2018, de 17 de enero de 2019. ROJ: STS111/2019 - ECLI:ES:TS:2019:111.

⁴⁷ TARDÓN OLMOS, María. Dificultades probatorias en los procedimientos por delitos de violencia de género. En: CUETO MORENO, Cristina; GÓMEZ VILLORIA, José María (Dirs.). *Criterios de actuación judicial frente a la violencia*

En segundo lugar, atacará la credibilidad del testimonio la concurrencia de móviles espurios, en función de las relaciones entre las partes, debiendo descartarse que “la declaración inculpatoria se ha podido prestar por móviles de resentimiento, venganza o enemistad u otra intención espuria que pueda enturbiar su credibilidad”⁴⁸.

Por otro lado, la praxis judicial nos ha aportado otras circunstancias que han cuestionado el requisito de ausencia de incredibilidad subjetiva, como es el caso del retraso en denunciar los hechos, especialmente en el ámbito de la violencia de género. No obstante, se ha entendido que estamos ante delitos en los que concurren características especiales, derivadas principalmente de la afectividad compartida entre víctima y victimario⁴⁹, que hace que este tipo concreto de víctima reaccione de manera distinta a como lo haría la víctima de cualquier otro delito⁵⁰.

Por otro lado, con frecuencia se ha puesto en duda la credibilidad de la víctima por el sólo hecho de tener abierto un proceso civil de separación o divorcio, algo que resulta inadmisibles, máxime si tenemos en cuenta que, es precisamente en tales supuestos cuando se produce un incremento del riesgo de que la mujer sufra algún tipo de agresión, que suele ser, por otro lado, de extrema gravedad⁵¹. Y lo mismo se ha señalado en los supuestos en que la víctima ha renunciado a las acciones civiles que le pudieran corresponder por los hechos denunciados⁵².

B) Verosimilitud del testimonio

El parámetro de la verosimilitud del testimonio o credibilidad objetiva tiene una doble vertiente: por un lado, la que hace referencia

de género. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, 2014, p. 103.

⁴⁸ STS 355/2015, de 28 de mayo. ROJ: STS 2599/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2599.

⁴⁹ STS 184/2019, de 2 de abril. ROJ: STS 1071/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1071.

⁵⁰ STS 349/2019, de 4 de julio. ROJ: STS 2228/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2228.

⁵¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ. Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. Disponible en: www.poderjudicial.es. Acceso en: 25 de marzo de 2020, p. 120.

⁵² La STS 404/2005, de 25 de marzo, señala, en este punto, que no puede sostenerse “que las víctimas que solicitan indemnizaciones puedan tener menor credibilidad que quienes renuncian a ellas”. ROJ: STS 1853/2005 - ECLI:ES:TS:2005:1853.

a la lógica de la declaración o coherencia interna⁵³; y por otro, la que se sustenta sobre la existencia de corroboraciones objetivas y periféricas de dicha declaración o coherencia externa, como pueden ser lesiones objetivables a través de los correspondientes partes médicos o algún testigo que pudo apreciar el estado de la víctima en momentos inmediatamente posteriores a la producción del hecho delictivo⁵⁴.

No obstante, no podemos olvidar, como acertadamente manifiesta nuestro Tribunal Supremo, que “corroborar implica vivificar, dar mayor fuerza a una verdadera prueba de cargo”⁵⁵, de manera que hay que tener en cuenta que esos elementos corroboradores sólo tienen sentido como dato de refuerzo de lo declarado por la víctima, no pudiendo suplir la fuerza probatoria que tal declaración tiene.

Tal como se ha señalado, las singulares circunstancias en las que se perpetran los delitos relacionados con la violencia de género, circunscritos a la intimidación de la pareja y ajenos a la mirada de terceros, hacen especialmente dificultoso que se pueda recurrir a elementos corroboradores externos y periféricos de ese relato fáctico de la víctima, hasta el punto de que se ha sostenido por Fuentes Soriano que la exigencia de datos periféricos objetivos impide reconocer viabilidad a la declaración de la víctima como única prueba de cargo, en la medida en que será necesaria la prueba de determinados indicios⁵⁶.

Por otro lado, en esta vertiente de la llamada credibilidad objetiva es frecuente el recurso, por parte de las defensas, a pruebas periciales psicológicas para determinar el grado de credibilidad del testimonio de la víctima, lo que ha dado lugar a diferentes estudios que proponen la necesidad de la evaluación psicológico-forense de la credibilidad de la víctima⁵⁷.

⁵³ Lo que, según la STS 238/2011, de 21 de marzo, “exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido”. ROJ: STS 1991/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1991.

⁵⁴ STS605/2019, de 10 de diciembre. ROJ: STS3926/2019-ECLI:ES:TS:2019:3926.

⁵⁵ STS 24/2015, de 21 de enero. ROJ: STS 216/2015 - ECLI:ES:TS:2015:216.

⁵⁶ FUENTES SORIANO, Olga. *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid: Editorial Iustel, 2009, pp. 124-125.

⁵⁷ Ver: ARCE FERNÁNDEZ, Ramón; FARIÑA RIVERA, Francisca. La posible simulación de la víctima. Evaluación psicológico-forense de la credibilidad y el

Otros operadores jurídicos, no obstante, han alertado sobre el uso de esta diligencia de prueba, sosteniendo que “las periciales psicológicas a los agresores van encaminadas a la búsqueda de algún tipo de circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal (eximentes y atenuantes), mientras que las periciales psicológicas a las víctimas, o no se practican, o van encaminadas a valorar su credibilidad y no a su verdadera finalidad, que es determinar la sintomatología derivada de violencia física y psíquica habitual y el daño moral o psicológico que aquella haya podido padecer”⁵⁸.

La posición de nuestra jurisprudencia es clara al respecto, resumiendo la misma Magro Servet, en dos conclusiones:

“a) Que la pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio nunca puede sustituir a la valoración que corresponde al tribunal de instancia que directamente ha percibido la prueba.

b) Se trata de herramientas que pueden ser utilizadas por el tribunal para conformar una convicción y dotarla de racionalidad en la expresión de la convicción, como el tribunal ha realizado, pero sin llegar a sustituirle en esa función”⁵⁹.

Por último, hay que tener en cuenta que, en otras ocasiones, la credibilidad de la víctima pretende ser socavada con prueba pericial psiquiátrica o psicológica sobre la misma, algo que sólo debe admitirse con carácter excepcional⁶⁰.

daño psíquico mediante el sistema de evaluación global. En: RIVAS VALLEJO, María Pilar; BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro (Dirs.). *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 357-367.

⁵⁸ ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS. Evaluación del tratamiento judicial de la violencia de género en el ámbito de la pareja, p. 4. Disponible en: <https://www.mujeresjuristasthemis.org/funcion-themis/biblioteca/categoria/15-penal>. Acceso en: 25 de marzo de 2020.

⁵⁹ MAGRO SERVET, Vicente. La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio). *Diario La Ley*, n. 7013, 2008, p. 12.

⁶⁰ La jurisprudencia llama a ser especialmente rigurosos en estos casos, ya que, según la STS 381/2014, de 21 de mayo, ROJ: STS 2027/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2027, “quien comparece como testigo en el juicio oral cumpliendo el mandato del art. 118 CE, no puede hacerlo bajo un régimen de inseguridad y de incertidumbre que acabe siendo examinado sobre aspectos íntimos de su persona y vida. Por ello puede afirmarse su principio general de prohibición de prueba cuando

En definitiva, entendemos que la existencia de un historial de maltrato previo no puede llevar a entender *per se* que la víctima falta a la verdad en su declaración, de manera que se genere una duda sobre la credibilidad de su testimonio⁶¹. Y es precisamente cuando concurre alguna circunstancia de resentimiento cuando adquiere especial relevancia la realización de una motivación suficientemente detallada, mediante un filtro cuidadoso de la declaración en cuestión, que permitirá al juzgador no descartarla cuando la misma, pese a las características señaladas, tenga solidez, firmeza y veracidad objetiva⁶².

C) Persistencia en la incriminación

El tercer parámetro a tener en cuenta a la hora de valorar la declaración de la víctima es la persistencia en la incriminación, cuyo contenido, perfilado jurisprudencialmente, se centra en los siguientes puntos:

a) Se exige, en primer lugar, que exista una cierta uniformidad en las sucesivas declaraciones que presta la víctima en las distintas fases del proceso, de manera que no puedan apreciarse en las mismas modificaciones sustanciales, entendiéndose que no se trata de la “repetición de un disco o lección aprendida, sino en la constancia sustancial de las diversas declaraciones”⁶³.

b) En segundo lugar, la declaración de la víctima ha de ser detallada y, por tanto, huyendo de generalidades.

c) En tercer lugar, las diferentes declaraciones prestadas por la víctima a lo largo de todo el *iter* procesal no han de contradecirse entre ellas, algo especialmente difícil en las declaraciones prestadas por víctimas de violencia de género⁶⁴.

recaiga sobre datos protegidos por el derecho a la intimidad del testigo y cuya finalidad no sea la de acreditar hechos del proceso sino simplemente la aportación de máximas de experiencia técnica sobre la credibilidad del testimonio”.

⁶¹ De manera muy gráfica lo expone la STS 184/2019, de 2 de abril. ROJ: STS 1071/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1071.

⁶² Así se desprende de la STS 717/2018, de 17 de enero de 2019. ROJ: STS 111/2019 - ECLI:ES:TS:2019:111

⁶³ STS 849/1998, de 18 de junio. ROJ: STS 4053/1998 - ECLI:ES:TS:1998:4053.

⁶⁴ MONTESINOS GARCÍA Ana. Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2017, pp. 133-134.

La dificultad en la concurrencia del parámetro de la persistencia en la incriminación, ha motivado que el propio Tribunal Supremo matice su valoración, entendiendo que no se considerará una quiebra del mismo “el cambio del orden en las afirmaciones; las sucesivas ampliaciones cuando no se afecta la coherencia y significación sustancial de lo narrado; la modificación del vocabulario ni de las formas expresivas cuando con unas u otras se sigue diciendo lo mismo; los cambios en lo anecdótico o en lo secundario, cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal, que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencian tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva”⁶⁵.

En definitiva, la contradicción debe ser “nuclear y esencial”, esto es, relevante⁶⁶, en el sentido de aquello que es antagónico u opuesto a otra cosa⁶⁷.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que no hay impedimento legal alguno para que la declaración de la víctima como prueba, en ocasiones única, de cargo pueda fundamentar la destrucción de la presunción de inocencia, una vez apreciadas por el tribunal, según su conciencia, las pruebas practicadas en juicio conforme a las reglas de la sana crítica⁶⁸. No obstante, cuando así fuere, esto es, al realizar el correspondiente juicio de credibilidad, el juzgador habrá de redoblar su “esfuerzo de motivación fáctica cuyas exigencias se acrecientan”⁶⁹.

Al deber de motivación, especialmente en las sentencias dictadas en los procesos por violencia de género, se refiere también la “Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género” del Consejo

⁶⁵ Según STS 238/2011, de 21 de marzo. ROJ: STS 1991/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1991.

⁶⁶ En este sentido, FUENTES SORIANO, Olga. Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer. En: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (Dir.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006, p. 253; LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. La exención del deber de declarar de las víctimas de violencia de género. *Práctica de Tribunales*, n. 101, 2013, p. 46.

⁶⁷ STS 349/2019, de 4 de julio. ROJ: STS 2228/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2228.

⁶⁸ Art. 741 LECrim.

⁶⁹ STS 99/2018, de 28 de febrero. ROJ: STS 619/2018 - ECLI:ES:TS:2018:619.

General del Poder Judicial, para exigir que, en estos casos, la motivación de las sentencias comprenda el análisis de la declaración de la víctima como prueba de cargo, “explicitando las razones por las cuales el/la juez/a otorga mayor crédito a la versión de una de las partes frente a la otra”. Añadiendo que en los supuestos en que la víctima se acoge a la dispensa del deber de declarar, “la motivación debería comprender expresamente la relevancia que otorga, absuelva o condene, al resto de pruebas, en particular la de todas aquellas que pudieran constituir prueba indiciaria”⁷⁰.

2.2. LA NUEVA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL DE APLICACIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

A falta de regulación legal específica en el ordenamiento jurídico español sobre el valor que ha de darse a la declaración de la víctima como prueba de cargo, el Tribunal Supremo ha matizado recientemente su doctrina consolidada en la materia en referencia específica, inicialmente, a la víctima de delitos relacionados con la violencia de género.

Esta tendencia jurisprudencial se enmarca en conferir a la declaración de la víctima de violencia de género una posición privilegiada que tiene repercusión en la valoración que realizará el juez o tribunal sobre la misma. Ya en la Sentencia de 13 de junio de 2018, nuestro Tribunal Supremo viene a señalar que la fundamentación de este carácter privilegiado viene asociada al hecho de que la víctima ha vivido el delito en primera persona, lo que hace recomendable que el Tribunal preste atención, no sólo a lo narrado por aquella, sino también a la forma en que lo hace, valorando incluso “sus gestos, sus respuestas y su firmeza ante el interrogatorio al que será sometida en el juicio oral”⁷¹.

Esta tendencia se consolida con la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 119/2019, de 6 de marzo, merecedora de cierta reflexión para poder situar el punto exacto en el que nos encontramos en esta materia.

⁷⁰ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ. Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género, 2013, p. 113. Disponible en: www.poderjudicial.es. Acceso en: 30 de marzo de 2020.

⁷¹ STS 282/2018, de 13 de junio. ROJ: STS 2182/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2182.

En la mencionada resolución se recogen una serie de factores a valorar por el tribunal en la credibilidad y verosimilitud de la declaración de la víctima de violencia de género. Expresamente se hace referencia a:

- “1. Seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa.
2. Concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa.
3. Claridad expositiva ante el Tribunal.
4. “Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal.
5. Seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble.
6. Expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos.
7. Ausencia de contradicciones y concordancia del *iter* relatado de los hechos.
8. Ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad.
9. La declaración no debe ser fragmentada.
10. Debe desprenderse un relato íntegro de los hechos y no fraccionado acerca de lo que le interese declarar y ocultar lo que le beneficie acerca de lo ocurrido.
11. Debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica”⁷².

No se trata de analizar todos y cada uno de los ítems marcados. No obstante, entendemos que, en todos los factores referenciados entran en juego múltiples circunstancias como la propia personalidad de la víctima, su edad, sus habilidades sociales, e incluso su nivel intelectual, la mayor parte de ellos de apreciación más que subjetiva.

⁷² STS 119/2019, de 6 de marzo. ROJ: STS 678/2019 - ECLI:ES:TS:2019:678.

Mucho tiene que decir, por tanto, en el campo del Derecho Procesal, la llamada Psicología del testimonio. Aunque la aproximación al estudio de esta ciencia excede el ámbito del presente trabajo, consideramos necesario hacer una breve referencia a las circunstancias objetivas que, en aplicación de la misma, han de ser tenidas en cuenta en la valoración de las declaraciones, a fin de ofrecer al juez los elementos necesarios para fundamentar su convicción, y que Nieva Fenoll ha sistematizado en: “coherencia de la declaración, contextualización del relato, existencia de corroboraciones del relato a través de otros elementos de prueba, y por último la presencia o ausencia de comentarios oportunistas en el declarante”⁷³.

La primera de estas circunstancias objetivas, la coherencia en la declaración, es reconocida tanto por la doctrina jurisprudencial tradicional, como por la nueva línea introducida en la sentencia 119/2019 al referirse esta última a parámetros como “ausencia de contradicciones y concordancia del *iter* relatado de los hechos”. Lo mismo podría decirse sobre la existencia de corroboraciones del relato a través de otros elementos de prueba.

Difícil encaje tienen en los parámetros recogidos por la resolución analizada las circunstancias de contextualización del relato y presencia o ausencia de comentarios oportunistas del declarante, si bien la primera podría encuadrarse en la “expresividad descriptiva en el relato de los hechos”, y la segunda en el deber de “contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica”.

Por otro lado, uno de los parámetros señalados por el Tribunal Supremo como “de gran importancia”, el del lenguaje gestual de convicción es, precisamente, el que mayores dudas nos genera en orden a la objetivación del mismo.

La utilización de una especie de “pseudoconcepto” como el del “lenguaje gestual de convicción”⁷⁴ acerca, a nuestro juicio, la valoración

⁷³ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 342.

⁷⁴ En posterior resolución a la analizada, la STS 348/2019, de 4 de julio, precisa aún más el “lenguaje gestual” para referirse a “la forma en que la víctima transmite al Tribunal cómo ocurrieron los hechos, y de una manera donde los gestos en la mecánica de transmisión al Tribunal de lo que ella sintió cuando

de la declaración de la víctima al campo de la Psicología Jurídica y de la credibilidad del testimonio, algo que como se desprende de todo lo anteriormente expuesto, no es necesariamente negativo, si no fuera porque la valoración de esa gestualidad está desacreditada actualmente por la doctrina⁷⁵ y excede con mucho la formación de nuestros juzgadores⁷⁶, al acudir, como destaca Herrero Alonso, “a la necesidad de apreciación de factores que tienen que ver básicamente con indicadores de comunicación no verbal o a la consideración de cómo se declara”, concluyendo que “es preciso que los operadores jurídicos sepan que no existe ningún indicador conductual, no verbal, que en y por sí mismo (o en una combinación prefijada con otros), del que podamos inferir con mínimas garantías que alguien está mintiendo o diciendo la verdad”⁷⁷.

fue víctima permiten a éste adentrarse en la realidad de lo ocurrido de una forma eficaz”. ROJ: STS 2228/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2228.

⁷⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos. (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia). *Diario La Ley*, n. 9672, 2020, p. 4.

⁷⁶ DENAULT, Vincent, et al. The Analysis of Nonverbal Communication: The Dangers of Pseudoscience in Security and Justice Contexts. *Anuario de Psicología Jurídica*, n. 30, 2020, pp. 1-12. <https://doi.org/10.5093/apj2019a9>. Disponible en: <https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2019a9>. Acceso en: 30 de marzo de 2020. En el mismo sentido, Érice Martínez sostiene que “A ello debe añadirse que si bien en los interrogatorios de testigos e imputados ciertamente posee relevancia lo expuesto, la forma en que se manifiesta e incluso el lenguaje gestual, pero tales datos que no son unívocos, no poseen la aptitud en si mismos para basar una convicción racional de quien, no es especialista en su examen, y en muchas ocasiones no dispone de antecedentes clínicos o de otra índole que pudieran dotar de solidez a tales elementos, siendo lo más probable que aunque dispusiera de una adecuada habilitación técnica no pudiera obtener una información preciso en el marco formalizado y el breve tiempo de que se dispone en una única declaración en la vista oral. Por ello la valoración de estos medios probatorios debe desplazarse de aquellos aspectos más inaprensibles y menos controlables, a otro terreno más seguro, como lo es el contenido informativo de las declaraciones...”, ÉRICE MARTÍNEZ, María Esther. La calidad de la prueba en violencia de género. En: ÉRICE MARTÍNEZ, María Esther (Dir.). *Práctica y valoración de la prueba en violencia de género*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 218.

⁷⁷ HERRERO ALONSO, Carmen. Bases psico-jurídicas para confeccionar medidas y protocolos de actuación respecto al tratamiento de víctimas especialmente vulnerables. En: BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo y DEL POZO PÉREZ, Marta (Dir.). *Protocolos de actuación con víctimas especialmente*

La técnica adecuada, como pone de manifiesto Nieva Fenoll, es analizar lo que el testigo dice y no lo que hace cuando declara⁷⁸, teniendo en cuenta la propia falibilidad de la memoria humana⁷⁹, la cual se va deteriorando por el mero transcurso del tiempo⁸⁰.

No obstante lo señalado, el Alto Tribunal, en la referida resolución, es consciente del coste de una revictimización al reproducir la declaración ya realizada en sede policial y en fase de instrucción, y por ello señala otros factores que también pueden ser tenidos en cuenta en el proceso de valoración:

- “1. Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración.
2. Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido.
3. Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas.
4. Deseo de terminar cuanto antes la declaración.
5. Deseo al olvido de los hechos.
6. Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración”⁸¹.

vulnerables: Una guía de buenas prácticas. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 31.

⁷⁸ NIEVA FENOLL, Jordi. La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos. (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia), *Diario La Ley*, n. 9672, 2020, p. 4.

⁷⁹ El tema de las falsas memorias y su incidencia en el proceso penal ha sido desarrollado ampliamente por la doctrina brasileña. A título de ejemplo ver: ÁVILA, Gustavo N. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013; BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A. *Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018, pp. 371-409.

⁸⁰ AYALA YANCCE, Rafael. Credibilidad testimonial del testigo en el proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 457.

⁸¹ STS 119/2019, de 6 de marzo. ROJ: STS 678/2019 - ECLI:ES:TS:2019:678.

Estos factores vendrían a matizar los once inicialmente señalados hasta el punto de que alguno de ellos podría ser considerado como “contra factor” de estos. Es evidente que, si la víctima tiene que mostrar “seguridad en la declaración ante el tribunal”⁸², difícilmente va a conseguir tal objetivo si está atemorizada por las posibles represalias del entorno del agresor. No obstante, y siendo conscientes de que el temor de las víctimas es una realidad, también hay que admitir que en muchas ocasiones la objetivación del mismo es altamente dificultosa si no es verbalizado por la propia víctima, con lo cual, a nuestro juicio, no debería tenerse en cuenta de manera generalizada para formar la convicción judicial, debiendo proceder el juez o tribunal sentenciador a una cuidadosa motivación de tales circunstancias. Y ello es aún más patente en los parámetros que hacen referencia a los deseos de las víctimas, algo que no puede presuponerse *per se*, por más lógico que pudiera parecer. Es cierto que la víctima puede ser coherente en su declaración, pero no lo es menos que esto no suele ser lo habitual⁸³ en el ámbito de los delitos que nos ocupan.

Entendemos que cualquiera de las circunstancias mencionadas debe ser introducida en el plenario con todas las garantías para que puedan ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal a la hora de formar su convicción.

Por último, debemos plantearnos si los criterios establecidos para la declaración de la víctima en la mencionada sentencia 119/2019, de 6 de marzo pueden considerarse como doctrina jurisprudencial consolidada en la materia o, por otro lado, no son más que una incipiente línea abierta por el Tribunal Supremo español en su intención de atribuir una posición privilegiada al testigo-víctima del delito.

Para responder a esta cuestión basta un breve análisis de la aplicación que de dichos criterios se ha hecho en diferentes resoluciones dictadas por el Alto Tribunal español con posterioridad a la sentencia

⁸² STS 119/2019, de 6 de marzo. ROJ: STS 678/2019 - ECLI:ES:TS:2019:678.

⁸³ En este sentido Nieva Fenoll sostiene que “Los relatos de las víctimas, evidentemente, pueden ser coherentes y contextualizados, pero no suelen serlo, precisamente debido a la situación de estrés que han padecido, lo que hace que borren por completo algunos detalles que debieran ser obvios”. NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 351.

analizada. Sin ánimo de exhaustividad, mencionaremos la Sentencia del Tribunal Supremo 458/2019, de 9 de octubre, donde se hace aplicación de los mencionados criterios para avalar la declaración de las víctimas en un proceso por delitos de atentado a la autoridad, lesiones y desórdenes públicos⁸⁴. Y en el mismo sentido, se aplican en la Sentencia del Tribunal Supremo 495/2019, de 17 de octubre, en un proceso por delito continuado de abuso sexual y contra la salud pública⁸⁵.

De manera que criterios que inicialmente fueron de aplicación al ámbito de la violencia de género, han extendido su radio de acción a otras figuras delictivas, generalizando su aplicación, por tanto, al testimonio de cualquier víctima cualesquiera que sean los delitos objeto de enjuiciamiento.

Esta conclusión inicial que pudiera parecer lógica, sin embargo, aparece desvirtuada por el análisis de las muchas sentencias del Tribunal Supremo que no aluden a los criterios sentados por la sentencia 119/2019 y optan por aplicar los presupuestos tradicionalmente consolidados de ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación⁸⁶.

CONCLUSIONES

La doctrina jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo español en relación al valor probatorio de la declaración de la víctima cuando la misma constituye la única prueba de cargo para enervar la presunción constitucional de inocencia, ha sufrido recientemente la ampliación de los parámetros orientativos a tener en cuenta en dicha valoración. Sólo el tiempo podrá decir si esta nueva línea, que se inicia en

⁸⁴ STS 458/2019, de 9 de octubre. ROJ: STS 3124/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3124

⁸⁵ STS 495/2019, de 17 de octubre. ROJ: STS 3204/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3204.

⁸⁶ Entre otras, la STS 410/2019, de 20 de septiembre, ROJ: STS 2902/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2902, seguida por un delito de abusos sexuales; la STS 468/2019, de 14 de octubre, ROJ: STS 3312/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3312, en un asunto de abuso sexual; la STS 527/2019, de 31 de octubre, ROJ: STS 3501/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3501, seguida por un delito continuado de agresión sexual; o la STS 544/2019, de 13 de noviembre, ROJ: STS 3702/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3702, seguida por un delito de trata de seres humanos.

un asunto relacionado con la violencia de género, puede considerarse o no consolidada. Mientras tanto, podemos hacer una serie de valoraciones preliminares, que nos permitan hacer algunos planteamientos con perspectiva de futuro.

A lo largo de este trabajo, se ha evidenciado que, con la intención de apuntalar los criterios jurisprudenciales tradicionales sobre los que pivota la declaración de la víctima y que han sido analizados anteriormente, el Tribunal Supremo español da una vuelta de tuerca a la mencionada doctrina, consiguiendo, a nuestro juicio, el efecto contrario del pretendido⁸⁷ por diversas razones que pasamos a exponer.

En primer lugar, porque entendemos que no era necesaria tal exhaustividad en el desarrollo de los parámetros tradicionalmente establecidos, lo que ha provocado una sobrevaloración del principio de inmediación, que alcanza así un poder casi omnímodo. Quizás es el momento de recordar las palabras plasmadas por el Alto Tribunal cuando decía que “el mito de la inmediación debe ceder ante la tutela judicial efectiva que sólo es posible mediante la racional, metódica y analítica disección de las pruebas interrelacionadas de forma lógica”⁸⁸.

En segundo lugar, como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, los parámetros o criterios consolidados en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, son precisamente orientativos, lo cual encaja perfectamente con el principio de libre valoración de la prueba que rige en el sistema procesal penal español. Pretender que la declaración de la víctima tenga un valor diferenciado como medio de prueba⁸⁹, mediante el establecimiento de unos criterios

⁸⁷ Por el contrario, mostrando su absoluta conformidad con los criterios introducidos por el Tribunal Supremo: GALDEANO SANTAMARÍA, Ana María. Estatuto de la víctima y violencia de género. Convenio de Estambul. Nuestro futuro más próximo. Madrid: Centro de Estudios jurídicos (CEJ), p. 35. Disponible en: http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/assets/img/cejponencia1563350666745/cejponencia1563350666745.pdf. Acceso en: 30 de marzo de 2020.

⁸⁸ STS 1063/2006, de 26 de septiembre. ROJ: STS 6995/2006 - ECLI: ES:TS:2006:6995.

⁸⁹ Según la STS 282/2018, de 13 de junio, “En este debate, tuvo la oportunidad de resolver este problema la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, al poder llevar a cabo una modificación de la LECRIM que habilitara

de valoración de la credibilidad, es sencillamente introducir los sesgos propios del sistema de prueba legal o tasada en nuestro ordenamiento jurídico, por más que se pretenda afirmar lo contrario⁹⁰. Si además, como parece deducirse de algunas de las resoluciones analizadas, estos son de aplicación a la declaración de la víctima de cualquier delito, estaremos introduciendo *de facto* por vía jurisprudencial en el ordenamiento procesal español, y en concreto en lo que se refiere a la prueba testifical, un estatuto procesal diferenciado y privilegiado para la víctima del delito cuando en ella confluye también la condición de testigo, algo que, a nuestro entender, corresponde exclusivamente al legislador.

Por otro lado, como único efecto positivo de esta nueva tendencia jurisprudencial, consideramos el de añadir un plus al deber de motivación de las resoluciones judiciales, en la medida en que, si partimos, como no podía ser de otro modo, de la inmediación con que se practica la declaración como una herramienta para la valoración de la misma, la racionalidad de la decisión basada en los mencionados parámetros debe plasmarse en una cuidada y adecuada motivación.

Por último, y por lo que respecta específicamente a la víctima de un delito de violencia de género, a nuestro juicio, estos criterios colocan a la misma en una posición aún más difícil de la que ya de por sí tiene en el proceso penal. Pensamos en aquella mujer que ha sufrido malos tratos a manos de su pareja o ex pareja, y a la que ahora no le bastará con relatar lo ocurrido ante la autoridad judicial, sino que además, por mor de la mencionada sentencia, deberá hacerlo de una determinada manera para resultar creíble.

En definitiva, consideramos que el Tribunal Supremo español ha caído en el propio estereotipo que pretende evitar. Entendemos que los factores señalados no responden más que a lo que se espera de una mujer víctima de violencia de género, conformando así un estereotipo en sí mismo⁹¹, obviando las peculiares características que concurren en este

una especial y privilegiada posición de la víctima del delito desde el punto de vista del proceso penal". ROJ: STS 2182/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2182.

⁹⁰ MAGRO SERVET, Vicente. Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género. *Diario La Ley*, n. 9278, 2018, p. 10.

⁹¹ En relación a la valoración de la declaración de la víctima sin estereotipos, ver: MARÍN LÓPEZ, María Paloma. La declaración de la víctima de la violencia

tipo de delitos, y que llevan a que las respuestas que dan las víctimas de los mismos no sean las que pudieran esperarse en la víctima de cualquier otro delito⁹². Lo normal es que la víctima de violencia de género se sienta insegura y nerviosa al narrar los hechos; no sólo por la presencia, en la mayoría de los casos, del maltratador en la misma sala, sino por otros factores de sentido común, como la incertidumbre de ser creída, el hecho de llevar hasta la justicia al padre de sus hijos, o al hombre que ha amado y con el que ha compartido su vida, el tener que contar ante unos extraños detalles íntimos de su relación, etc.

Los operadores jurídicos que trabajan y han trabajado en el campo de la violencia de género saben lo complicado que es conseguir que la víctima reviva lo sucedido en el acto del juicio, que se mantenga firme en su decisión de declarar, como para ahora tener que “instruirla” sobre una forma de contarle o sobre los gestos que debe o no debe hacer para resultar creíble.

Es el momento de recordar, como pone de manifiesto acertadamente San Miguel Bergareche que “lo que ha de acreditarse, más allá de toda duda razonable, no es la cualidad de creíble o de verosímil, sino la certeza”⁹³, con hechos objetivos y contrastados que permitan la adecuada contradicción y el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

Sin duda, los parámetros introducidos por la sentencia del Tribunal Supremo 119/2019, de 6 de marzo, facilitan la labor del juzgador en la valoración de la declaración de las víctimas, pero también es cierto que colocan a estas en una incómoda posición al percibir que su declaración ha de alcanzar determinados estándares para resultar

de género: apuntes para una valoración libre de estereotipos de género. En: MARÍN LÓPEZ, María Paloma (Dir.). *Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órdenes jurisdiccionales*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial), 2016, pp. 99-105.

⁹² Ejemplo de ello es la falta de colaboración de las víctimas de violencia de género en la persecución del delito, mediante un importante número de retiradas de denuncia o mediante el acogimiento a la dispensa del deber de declarar.

⁹³ SAN MIGUEL BERGARECHE, Miren Nekane. *Perspectiva de género en Derecho Penal*. En: *¿Qué significa “enjuiciamiento con perspectiva de género”?* Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial), 2019, p. 7.

creíble, un temor, por otro lado, muy generalizado en la práctica entre las víctimas de violencia de género.

Tenemos que tener en cuenta que, si elevamos la presión sobre la víctima de violencia de género o, más concretamente, si la víctima percibe una mayor dificultad en la posición que ocupa en el proceso penal, habremos emprendido el camino contrario a su necesario empoderamiento, el cual se evidencia como imprescindible para conseguir que se mantenga en el proceso y que el mismo concluya con una sentencia condenatoria.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE FERNÁNDEZ, Ramón; FARIÑA RIVERA, Francisca. La posible simulación de la víctima. Evaluación psicológico-forense de la credibilidad y el daño psíquico mediante el sistema de evaluación global. En: RIVAS VALLEJO, María Pilar; BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro (Dir.). *Violencia de Género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 357-367.

ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS. Evaluación del tratamiento judicial de la violencia de género en el ámbito de la pareja. Disponible en: <https://www.mujeresjuristasthemis.org/funcion-themis/biblioteca/category/15-penal>. Acceso en: 25 de marzo de 2020.

ÁVILA, Gustavo N. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

AYALA YANCCE, Rafael. Credibilidad testimonial del testigo en el proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, jan./abr. 2020, pp. 453-480. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.246>

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo N. A. Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2018, pp. 371-409. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.129>

BALERDI MÚGICA, José Manuel. El testimonio en delitos de violencia de género en la jurisprudencia. Valoración y efectos probatorios”. En: ÉRICE MARTÍNEZ, María Esther (Dir.). *Práctica y valoración de la prueba en violencia de género*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 52-115.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel; SERRANO MASSIP, Mercedes. Denuncia y dispensa del deber de declarar. En: CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (Dir.). *Violencia de género y justicia*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 2013, pp. 549-580.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, GRUPO DE EXPERTOS Y EXPERTAS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ. Estudio sobre la Aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales. Disponible en: www.poderjudicial.es. Acceso en: 22 de marzo de 2020.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Datos estadísticos proporcionados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (2007-2018). Disponible en: www.poderjudicial.es. Acceso en: 22 de marzo de 2020.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. GRUPO DE EXPERTOS/AS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ. Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género. Disponible en: www.poderjudicial.es. Acceso en: 25 de marzo de 2020.

DENAULT, Vincent, et al. The Analysis of Nonverbal Communication: The Dangers of Pseudoscience in Security and Justice Contexts. *Anuario de Psicología Jurídica*, n. 30, 2020, pp. 1-12. <https://doi.org/10.5093/apj2019a9>

ÉRICE MARTÍNEZ, María Esther. La calidad de la prueba en violencia de género. En: ÉRICE MARTÍNEZ, María Esther (Dir.). *Práctica y valoración de la prueba en violencia de género*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, 2009, pp. 208-223.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. Memorias Anuales (2006-2018).

FUENTES SORIANO, Olga. *El enjuiciamiento de la violencia de género*. Madrid: Editorial Iustel, 2009.

FUENTES SORIANO, Olga. Investigación y prueba de los delitos de violencia contra la mujer. En: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (Dir.). *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Colex, 2006, pp. 245-264.

FUENTES SORIANO, Olga. Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 44, 2018, pp. 1-39.

GALDEANO SANTAMARÍA, Ana María. Estatuto de la víctima y violencia de género. Convenio de Estambul. Nuestro futuro más próximo. Madrid: Centro de Estudios jurídicos (CEJ). Disponible en: http://www.cej-mjusticia.es/cej_dode/flash/

ebook/assets/img/cejponencia1563350666745/cejponencia1563350666745.pdf. Acceso en: 30 de marzo de 2020.

HERRERO ALONSO, Carmen. Bases psico-jurídicas para confeccionar medidas y protocolos de actuación respecto al tratamiento de víctimas especialmente vulnerables. En: BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo y DEL POZO PÉREZ, Marta (Dir.). *Protocolos de actuación con víctimas especialmente vulnerables: Una guía de buenas prácticas*. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 23-40.

LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. La exención del deber de declarar de las víctimas de violencia de género. *Práctica de Tribunales*, n. 101, 2013, pp. 46-57.

MAGRO SERVET, Vicente. Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género. *Diario La Ley*, n. 9278, 2018, pp. 1-13.

MAGRO SERVET, Vicente. Hacia una ley integral de la víctima en el proceso penal: una propuesta sistemática. *Diario La Ley*, n. 7226, 2009, pp. 1-16.

MAGRO SERVET, Vicente. La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?. *Diario La Ley*, n. 6333, 2005, pp. 1-20.

MAGRO SERVET, Vicente. La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal (especial referencia a la viabilidad de la prueba pericial acerca de la veracidad de su testimonio). *Diario La Ley*, n. 7013, 2008, pp. 1-15.

MARÍN LÓPEZ, María Paloma. La declaración de la víctima de la violencia de género: apuntes para una valoración libre de estereotipos de género. En: MARÍN LÓPEZ, María Paloma (Dir.). *Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órdenes jurisdiccionales*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial), 2016, pp. 94-109.

MARTÍN DIZ, Fernando. Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género. *Revista Ius et Praxis*, n. 3, 2018, pp. 19-66. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300019>

MARTÍN RÍOS, María Pilar. Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 15, 2008, pp. 1-11.

MARTÍN RÍOS, María Pilar. *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*. Barcelona: Editorial Atelier, 2012.

MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género. En: DE HOYOS SANCHO, Montserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2009, pp. 453-454.

MONTESINOS GARCÍA Ana. Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 17, 2017, pp. 127-165.

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III. Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos. (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia). *Diario La Ley*, n. 9672, 2020, pp. 1-12.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima (1). *Diario La Ley*, n. 8697, 2016, pp. 1-24.

PIÑEIRO ZABALA, Igor. Testigo y víctima: Dispensa a declarar. *Diario La Ley*, n. 7519, 2010, pp. 1-15.

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. *Perspectiva de género, prueba y proceso penal: Una reflexión crítica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

SAN MIGUEL BERGARECHE, Miren Nekane. Perspectiva de género en Derecho Penal. En: ¿Qué significa “enjuiciamiento con perspectiva de género?”. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial), 2019, pp. 1-10.

SERRANO MASSIP, Mercedes. La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal. *Revista General de Derecho Procesal*, n. 29, 2013, pp. 1-50.

TARDÓN OLMOS, María. Dificultades probatorias en los procedimientos por delitos de violencia de género. En: CUETO MORENO, Cristina; GÓMEZ VILLORIA, José María (Dirs.). *Criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*. Madrid: Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, 2014, pp. 98-133.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. “Conclusiones del Seminario La prueba en el proceso penal”. Madrid: Conclusiones de Seminarios, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 1-22.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 27/04/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/04/2020
- Avaliação 1: 12/05/2020
- Avaliação 2: 28/05/2020
- Avaliação 3: 19/05/2020
- Decisão editorial preliminar: 28/06/2020
- Retorno rodada de correções: 14/07/2020
- Decisão editorial final: 16/07/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

GONZÁLEZ MONJE, Alicia. La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1627-1660, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.377>



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

Legal safeguards against involuntary criminal confessions in Poland and Russia

*Garantias legais contra confissões criminais
coagidas na Polônia e na Rússia*

Denis Solodov¹

Department of Criminology and Criminalistics,
University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland
denis.solodov@uwm.edu.pl

 <http://orcid.org/0000-0003-2884-9420>

Iliia Solodov²

Voronezh Bar Association, Russian Federation
badanie.etyka@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0002-8677-2559>

ABSTRACT: Criminal confession is a powerful and highly incriminating piece of evidence. An authentic inculpatory confession can be a fertile source of new evidence known only to the actual perpetrator. It helps the prosecution to build a stronger case against the defendant in a situation where only circumstantial evidence is available. In some cases, such as no-body homicides and wild-land arson fires, it is difficult to prove the defendant's participation and guilt without his willing and full cooperation. All of this explains why in the era of advanced forensic techniques criminal investigators are keen to obtain confessions using a variety of tactics. Studies show, however, that some interrogation techniques are more likely to induce false confessions, which, in turn, increase the likelihood of judicial errors. From a human rights perspective, the European Court of Human Rights has expressed serious

¹ PhD with habilitation, associate professor. Department of Criminology and Criminalistics, University of Warmia and Mazury in Olsztyn, Poland.

² PhD, advocate, Voronezh Bar Association, Russian Federation.

concerns about the use of evidence obtained through violence, coercion or torture but has been unable to establish the balance between efficient law enforcement and adequate protection of individual rights. In the article, legal provisions against improper police compulsion in Poland and Russia were analyzed. It appears that each country applies a different approach to the issue of police coercion. In Russia, the law provides specific rules on the admissibility of criminal confessions, their evidentiary value, and methods of verifying the reliability of suspect's testimony. In Poland, the law confers a wider discretion on the domestic courts as to how to deal with confession evidence and the allegations concerning the use of coercive interrogation techniques. Based on the results of the analysis of pertinent legal provisions, case-law and legal doctrine, the authors aimed to determine the effectiveness of two models in preventing and dealing with coerced criminal confessions. Several changes were suggested to address the issue of excessive judicial formalism concerning the allegations regarding the use of unlawful interrogation techniques.

KEYWORDS: criminal proceedings; the right to a fair trial; criminal confessions; police coercion; admissibility of evidence.

RESUMO: *A confissão criminal é uma prova poderosa e altamente incriminadora. Uma confissão autoincrimatória autêntica pode ser uma fonte produtiva de novas provas conhecidas apenas pelo verdadeiro autor do crime. Ela também ajuda a acusação a construir um caso mais forte contra o réu em uma situação em que apenas indícios estão disponíveis. Em alguns casos, como homicídios sem localização do corpo e incêndios criminosos em terras selvagens, é difícil provar a participação e a culpa do réu sem o seu consentimento e total cooperação. Tudo isso explica por que, na era das técnicas forenses avançadas, os investigadores buscam obter confissões usando uma variedade de estratégias. Estudos mostram, entretanto, que algumas técnicas de interrogatório têm maior probabilidade de induzir falsas confissões, o que, por sua vez, potencializa o risco de erros judiciais. Do ponto de vista dos direitos humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos expressou sérias preocupações sobre o uso de provas obtidas por meio de violência, coerção ou tortura, mas não estabeleceu um equilíbrio entre a aplicação eficaz da lei penal e a proteção adequada dos direitos individuais. Neste artigo, analisam-se as disposições legais contra a compulsão policial imprópria na Polônia e na Rússia. Afirma-se que cada país adota uma perspectiva diferente sobre a questão da coerção policial. Na Rússia, a lei*

fornece regras específicas sobre a admissibilidade de confissões criminais, seu valor probatório e métodos de verificação da confiabilidade do depoimento do suspeito. Na Polônia, a lei confere aos tribunais nacionais uma maior discricionariedade quanto ao modo de lidar com a confissão e as alegações em relação à utilização de técnicas de interrogatório coercivas. Com base nos resultados da análise de dispositivos legais pertinentes, jurisprudência e revisão bibliográfica, nesta pesquisa busca-se determinar a eficácia de dois modelos jurídicos na prevenção e tratamento de confissões penais coagidas. Em sede proporsitica, alterações foram sugeridas para abordar a questão do formalismo judicial excessivo em relação às alegações sobre o uso de técnicas de interrogatório ilegais.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; direito ao justo processo; confissões criminais; coerção policial; admissibilidade da prova.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Legal principles regarding improper police compulsion in international and European law. 3. Legal safeguards against coerced criminal confessions in Poland. 4. Legal safeguards against coerced criminal confessions in the Russian Federation. 5. Discussion. Conclusions; References.

1. INTRODUCTION

The issue of involuntary criminal confessions is a complex one and can be addressed on different levels including legal, administrative, psychological, and forensic. There have been many publications concerning the psychology of confessions, which provide some valuable insights³. Researchers are drawing attention to the fact that a confession is the most powerful piece of evidence the prosecution might possess principally because it appears very unlikely that anyone would willingly confess to

³ GUDJONSSON, Gisli H. *The Psychology of Interrogations and Confessions: A handbook*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 2003; KASSIN, Saul M.; GUDJONSSON, Gisli H. *The Psychology of Confessions: A Review of the Literature and Issues. Psychological Science in the Public Interest*, v. 5, n. 2, p. 33-67, 2004; RUSSANO, Melissa B.; MEISSNER, Christian A.; NARCHET, Fadia M.; KASSIN, Saul M. Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm. *Psychological Science*, n. 16(6), p. 481-486, 2015.

a crime he or she did not commit⁴. Suspect's confession can be a fertile source of new evidence, especially the one known only to the actual perpetrator. It also helps to build a stronger case against the defendant in a situation where there is only circumstantial evidence. In some criminal cases, such as no-body homicides and wild-land arsons, it is extremely difficult to prove the defendant's participation and guilt without his willing full cooperation. Not surprisingly, in the era of advanced forensic techniques, police officers are still keen to obtain suspect's confession or other incriminating statements from those suspected of committing criminal offences⁵. To achieve this goal, a variety of tactics is being used, some of them highly controversial and some even illegal. Interestingly, the problem of unlawful duress appears to affect not only the developing countries but most western states as well⁶.

It should be noted that the prohibition of torture, inhuman or degrading treatment is a bedrock principle of international law. The majority of the world's countries have ratified the United Nation's Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 10 December 1984. In Europe, the European Court of Human Rights has developed an impressive body of the case-law concerning the issue of improper police compulsion. Following the wording of Article 6 of the European Convention on Human Rights, the Court, although not in the expressed terms, obliges all member states to adopt legal safeguards against improper police compulsion, including exclusionary rules⁷. Besides, some member states

⁴ RASSIN, Eric; ISRAËLS, Han. False confessions in the lab: a review. *Erasmus Law Review*, v. 7, n. 4, p. 219, 2014.

⁵ MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 368, 2020; MCCONVILLE, Michael; BALDWIN, John. The role of interrogation in crime discovery and conviction. *The British Journal of Criminology*, v. 22, n. 2, p. 165, 1982; GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. Suspect Interviews and False Confessions. *Current Directions in Psychological Science*, v. 20, n. 1, p. 33-34, 2011.

⁶ Human Rights Watch. World Report 2020, Available at: <https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2020_0.pdf>. Access on: September 10, 2020.

⁷ In this article the terms "police coercion" and "improper police impulsion" are used as umbrella terms covering physical torture or other forms of

have incorporated some of the pertinent forensic recommendations into domestic law. In Russia, for example, a special investigative procedure called “verification of the evidence on the spot” was introduced in 2001. The law also limits the length of interrogations forcing the interrogators to take regular breaks. In the Polish law of criminal procedure, it is forbidden to substitute the testimony of the accused by the contents of documents or notes – the rule, which ensures the priority of first-hand, direct evidence⁸.

In this article, we analysed legal principles and restrictions regarding involuntary testimony in two European countries – Poland and Russia. Each country appears to apply a different approach to the issue of police coercion. In Russia, the law of criminal procedure limits judicial discretion in this area by providing detailed rules concerning police interrogations, the verification of confession statements and even the evidentiary value of criminal confessions. In Poland, courts have wider discretion regarding this type of evidence, including the handling of the claims regarding improper police compulsion. However, in both countries, there have been known cases of police misconduct concerning not only crimes but also petty offences.

The aim of the article was to determine whether the existing legal protections could provide an effective remedy to the problem of improper police compulsion and whether these legal provisions are properly implemented and enforced. Based on this aim, we stated the research question as follows:

- what is the general attitude toward improper police compulsion in international and European law?
- what kinds of legal safeguards are in place to protect individuals from improper police compulsion in Poland and Russia? How these legal provisions are implemented and complied with in practice?

improper compulsion used by the key “players” of the lowest level of the criminal justice system, such as police officers and law enforcement personnel of other investigative agencies, to obtain criminal confessions and other incriminating statements.

⁸ KUCHARCZYK, Mariusz. Zakaz substytuowania dowodu z wyjaśnień oskarżonego treścią pism, zapisków i notatek urzędowych. *Prokuratura i Prawo*, n. 5, p. 147-148, 2005.

- what should be done to improve protection against improper police compulsion from the legal side?

The observations and conclusions presented in the article were based on the analysis of relevant legal provisions, case-law and legal doctrine, as well as the authors' own professional experience as defence attorneys. So, in drawing conclusions and proposing legal changes, the authors were aware of the fact that their judgements might have been somewhat biased.

2. LEGAL PRINCIPLES REGARDING IMPROPER POLICE COMPELSION IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

The issue of improper police compulsion has been part of a perennial debate on the complex relations between human rights and police investigative efficiency for many years. Pertinent legal standards were set in 1948 by the United Nations' Universal Declaration of Human Rights⁹, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (1950)¹⁰ and later specified in the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1984 (Resolution 39/46)¹¹.

Although the Universal Declaration of Human Rights is not a binding international treaty, all states are bound to respect its provisions. Article 5 of the Universal Declaration expressly prohibits the use of torture or cruel, inhuman or degrading treatment to obtain either information or a confession. It does not, however, specify the

⁹ Universal Declaration of Human Rights of 1948. Available at: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Access on: September 10, 2020.

¹⁰ European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

¹¹ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984, Available at: < https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf >. Access on: September 10, 2020.

punishment, irrespective of the conduct of the person concerned”¹³. This restriction, however, does not necessarily extend to the evidence derived from evidence obtained by torture, inhuman or degrading treatment. Despite the Court has condemned the use of such evidence, their use is allowed if they are not crucial for the case¹⁴.

In the context of improper police compulsion, the Court repeatedly highlights the importance of the right to legal assistance. In several landmark decisions, i.e. *Salduz v. Ibrahim and Others*¹⁵, *Simeonovi v. Bulgaria*¹⁶, the Court stated that prompt access to a lawyer is a fundamental guarantee against coercion and ill-treatment of suspects by the police during custodial interrogations. As a general rule, each suspect should be granted access to legal assistance from the moment there is a “criminal charge” against him within the meaning of the Convention. The Court stressed out that “a person acquires the status of a suspect calling for the application of the Article 6 safeguards not when that status is formally assigned to him or her, but when the domestic authorities have plausible reasons for suspecting that person’s involvement in a criminal offence”¹⁷.

Nevertheless, in certain exceptional situations the access to a lawyer can be restricted. These restrictions must be temporary and justified

¹³ European Court of Human Rights. Judgement of the Grand Chamber in the case of *Gäfgen v. Germany* of 1 June 2010. Application no. 22978/05. Available at: < [https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:\[%22001-99015%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:[%22001-99015%22]) >. Access on: September 10, 2020.

¹⁴ WĄSEK-WIADEREK, Małgorzata. Przegląd orzecznictwa Europejskiego dotyczącego spraw karnych. *Zeszyt*, n. 1-2, p.21, 2010.

¹⁵ European Court of Human Rights. Judgement in the case of *Ibrahim and others v. the United Kingdom* of 16 December 2014. Applications nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09. Available at: < <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-148676>>. Access on: September 10, 2020.

¹⁶ European Court of Human Rights. Judgement of the Grand Chamber in the case of *Simeonovi v. Bulgaria* of 12 May 2017. Application no. 21980/04. Available at: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172963>>. Access on: September 10, 2020.

¹⁷ European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb). Updated on 30 April 2020, p. 75. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

by the circumstances of the case. In the case of *Beuze v. Belgium*¹⁸ the Court's rhetoric slightly changed. The Court expressed an opinion that the restriction of the right of access to a lawyer during the first police interrogation without compelling reasons could be counter-balanced by other legal safeguards, thus, the fairness of the trial could be, nonetheless, preserved. Some commentators suggest that by exalting the restrictions of the right to legal assistance, the Court has created better conditions for the police and other law enforcement agencies at the crucial initial stage of criminal proceedings¹⁹. The Court's later judgements demonstrate, however, that it does not depart from the earlier established line of precedent concerning the issue of improper police compulsion. In the Court's opinion, the use of statements obtained following a violation of Article 3 of the Convention automatically deprives the proceedings of fairness and violates Article 6. This rule applies both to self-incriminating statements made by the accused and to witness statements obtained in violation of Article 3²⁰.

Based on the corresponding case-law, the Court identifies three forms of improper police compulsion:

1. a person testified under a threat of sanctions or was sanctioned for refusing to testify;

¹⁸ European Court of Human Rights. Judgement of the Grand Chamber in the case of *Beuze v. Belgium* of 9 November 2018. Application no. 71409/10. Available at: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187802>>. Access on: September 10, 2020.

¹⁹ HODGSON, J. The Challenge of Universal Norms: Securing Effective Defence Rights Across Different Jurisdictions and Legal Cultures. *Journal of Law and Society*, 46, p. 95-114, 2019; EECHAUDT, V., CLAEYS, J., BEKEN, T. V.; CIUFFOLETTI, S.; HUGUES DE SUREMAIN, RANAL, D. *Research project EU-PRETRIALRIGHTS Improving the protection of fundamental rights and access to legal aid for remand prisoners in the European Union. Analysis of European law as regard to access of detained persons to the law and to court*. Available at: <<https://biblio.ugent.be/publication/8625571/file/8625572>>. Access on: September 10, 2020.

²⁰ European Court of Human Rights. Judgement in the case of *Affaire Urazbayev v. Russia* of 8 October 2019. Application no. 13128/06. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196408>>. Access on: September 10, 2020; European Court of Human Rights. Judgement in the case of *Almaši v. Serbia* of 8 October 2019. Application no. 21388/15. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196417>>. Access on: September 10, 2020.

2. physical or psychological pressure was applied to obtain material evidence or statements

3. subterfuge was used by the authorities to elicit information that they were unable to obtain during questioning²¹.

It should be noted that this classification generally coincides with the situational factors associated with coerced criminal confessions²².

Concerning the admissibility of illegally obtained evidence, the Court emphasizes its subsidiary role pointing to the fact that the Convention does not lay down any rules on this issue. The Court, however, repeatedly stresses the importance of the overall fairness of the trial, which, in the opinion of the Court, should be assessed in the light of the following factors:

- whether the defence was allowed to challenge the authenticity of the evidence and to oppose its use;

- the quality of the evidence in question, as well as the circumstances in which it was obtained and whether these circumstances cast doubt on its reliability or accuracy;

- circumstances in which it was obtained and its reliability or accuracy;

- whether the evidence in question was or was not decisive for the outcome of the criminal proceedings²³.

²¹ European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights

Right to a fair trial (criminal limb). Updated on 30 April 2020, p. 36. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

²² KASSIN, S. M.; DRIZIN, S. A.; GRISSO, T.; GUDJONSSON, G. H.; LEO, R. A.; REDLICH, A. D. Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations. *Law and Human Behaviour*, n. 34, p. 16-19, 2010; LEO, R. Police Interrogations, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases. *University of Michigan Journal of Law Reform*, n. 50, p. 710-714, 2017.

²³ European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb). Updated on 30 April 2020, p. 38-39. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020; RUDICH, V.V. Standarty dopustivosti dokazatel'stv po ugovolnym delam, vyrabotannye v resheniyah Evropejskogo suda po pravam cheloveka. *Mezhdunarodnoe ugovolnoe pravo i mezhdunarodnaja justiciya*, n. 5, p. 9 – 12, 2017.

The Court generally differentiates two types of cases: the ones, where the infringements of the rights protected by the Convention could be “repaired” and the ones, where such infringements are “unrepairable” concerning, for example, the use of torture or other inhumane treatment (Article 3 of the Convention) or the deprivation of legal assistance. In the case of *El Haski v. Belgium*²⁴, the Court found that the impugned statements later used against the applicant had been obtained in Morocco using treatment prohibited by Article 3 of the Convention. According to the Court, the domestic courts were required not to admit them in evidence unless they had first verified, that they had not been obtained in such manner. In its judgement, the Court once again underlined the significance of the guarantee provided for in Article 3 holding that irrespective of the kind of ill-treatment whether it is torture, inhuman or degrading treatment the proceedings as a whole become automatically unfair. The Court expressed the opinion that this is also true in the case, where the prosecution uses real evidence obtained as a direct result of torture or inhuman treatment regardless of whether such evidence was decisive for the outcome of the proceedings. It would be unfair to impose on the applicant a burden of proof that went beyond the demonstration of a “real risk” that the evidence in question had been obtained in breach of Article 3 of the Convention. The Court also paid attention to the fact that the allegations of torture are often difficult to prove since it is practised in secret by experienced interrogators who were skilled at ensuring that it left no visible signs on the victim. “All too frequently, those who were charged with ensuring that torture did not occur – courts, prosecutors and medical personnel – were complicit in its concealment”. “In a criminal justice system where the courts were independent of the executive, where cases were prosecuted impartially, and where allegations of torture were conscientiously investigated, one might conceivably require a defendant to prove to a high standard that the evidence against him had been obtained by torture. However, in a criminal justice system which was complicit in

²⁴ European Court of Human Rights. Judgement in the case of *El Haski v. Belgium* of 25 September 2012. Application no. 649/08. Available at: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-113445%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-113445%22]})>. Access on: September 10, 2020.

the very practices which it existed to prevent, such a standard of proof, was wholly inappropriate” (§ 86).

In our opinion, these interpretations require the adoption of effective legal mechanisms to enhance the judicial response to the allegations concerning the use of torture or other unlawful investigative techniques.

It should be noted that in our analysis of European law, we intentionally omitted several directives directly or indirectly related to the issue, such as the Directive 2012/13/EU of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings²⁵, the Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings²⁶, the Directive (EU) 2016/1919 of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings, the Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings²⁷, the Directive (EU) 2016/800 of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings²⁸. Unlike Poland, the Russian Federation has not been part of those agreements. Besides, the abovementioned directives have been reportedly implemented

²⁵ Directive 2012/13/EU of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings. Available at: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32012L0013>>. Access on: September 10, 2020.

²⁶ Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0048>>. Access on: September 10, 2020.

²⁷ Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>>. Access on: September 10, 2020.

²⁸ Directive (EU) 2016/800 of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, Available at: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX-%3A32016L0800>>. Access on: September 10, 2020.

by Poland²⁹, so it may be assumed that the Polish law has already met their requirements.

3. LEGAL SAFEGUARDS AGAINST COERCED CRIMINAL CONFESSIONS IN POLAND

In the Polish law of criminal procedure, there are several legal provisions addressing the issue of improperly compelled testimony. Firstly, there are rules on the admissibility of evidence. Under Article 168a of the Polish Code of Criminal Procedure of 1997³⁰ (CCP), a piece of evidence cannot be considered inadmissible solely on the basis that it was obtained in violation of the rules of the criminal procedure or through criminal offence unless the evidence in question was obtained by a public official as a result of a murder, intentional infliction of bodily harm or unlawful deprivation of liberty. Following the actual wording of this legal norm, evidence obtained in violation of procedural rules is admissible if such a violation is the only known defect.

It should be noted, however, that in the Polish legal doctrine and case-law the provisions of Article 168a CCP are being interpreted in extremely different ways. Some scholars suggest that the content of this article should be interpreted strictly, following its literal meaning. So, evidence obtained with a violation of the procedural rules or even through criminal offence should be admissible unless there is an indication that a public official committed murder, intentional infliction of bodily harm or unlawful deprivation of liberty³¹. Others believe that the content of Article 168a CCP must be interpreted broadly, in the context of other legal norms including the provisions regarding rights of the case participants

²⁹ 2019 Commission report on monitoring the application of EU law. Available at: <https://ec.europa.eu/info/publications/2019-commission-report-monitoring-application-eu-law_en>. Accessed on: September 10, 2020.

³⁰ Code of Criminal Procedure of the Republic of Poland of 6 June 1997. Available at: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf>>. Access on: September 10, 2020.

³¹ BRZOZOWSKI, Sebastian. Dopuszczalność dowodu w kontekście regulacji art. 168a k.p.k. *Przegląd Sądowy*, n. 10, p. 60-74, 2016.

and fundamental principles of the Polish law³². Some researchers say that the provisions of Article 168a CCP are needed to be interpreted in the light of the Polish Constitution and European law. Evidence obtained with a violation of procedural rules would be inadmissible if a public official violates constitutional rights and guarantees³³. In the Polish case-law, it is recognized that the provisions of Article 168a CCP should not be used as a way to give validity to illegally obtained evidence in a situation when procedural violations undermine the overall fairness of the proceedings in the light of Article 6 of the European Convention³⁴. It should be noted that this opinion generally coincides with the abovementioned European Court's approach to the issue of unlawfully obtained criminal evidence.

In the Polish case law and legal doctrine, prevails an opinion that Article 168a CCP does not explicitly forbid the use of the evidence derived from illegally obtained evidence³⁵. Some authors, however, are of opinion that derived evidence must be considered inadmissible unless it

³² JASIŃSKI, W. Rozdział 26. Zasady wykorzystywania dowodów. In: HOFMAŃSKI, P., SKORUPKA J. (editors). *System Prawa Karnego Procesowego*. Tom VIII: Dowody. Part 2, Warszawa: Lexis Nexis, p. 2675, 2019; JASIŃSKI, W. Racjonalna regulacja karnoprosesowej dopuszczalności dowodów uzyskanych z naruszeniem praw jednostki. *Acta Universitatis Wratislaviensis*, n. 3978, p. 87, 2020.

³³ SKORUPKA, J. Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym. In: GRZEGORCZYK, T.; OLSZEWSKI R. (editors). *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa: Wolters Kluwer, p. 360, 2016; BŁOŃSKI, M. Przeprowadzanie na rozprawie dowodów uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych. *Prokuratura i prawo*, n. 9, p.90, 2017; LIPIŃSKI, Konrad. Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym (art. 168a k.p.k.). *Prokuratura i Prawo*, n. 11, p. 44-59, 2016.

³⁴ Judgement of the Polish Supreme Court of 26 June 2019 in the case no. IV KK 328/18. Available at: <<http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/IV%20KK%20328-18.pdf>>. Access on: September 10, 2020.

³⁵ Judgement of the District Court in Czestochowa of 8 May 2019 in the case no. VII Ka 58/19. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/vii-ka-58-19-wyrok-sadu-okregowego-w-czestochowie-522761214>>. Access on: September 10, 2020; JASIŃSKI, W. Rozdział 26. Zasady wykorzystywania dowodów, p. 2726.

was not decisive for the outcome of the proceedings and the defendant was allowed to challenge the authenticity of the evidence³⁶.

Secondly, under § 5 CCP, it is illegal to influence the statement of the questioned person through coercion or unlawful threat. Furthermore, the testimony obtained in this way cannot constitute proof (Article 171 § 7 CCP). In case law and legal doctrine, violations of this type are unanimously recognized as “unrepairable”³⁷. For example, in the light of Article 171 § 7 CCP, it would be illegal to interview the police officer about the content of suspect’s testimony obtained in violation of Article 171 § 5 CCP³⁸. It also follows from settled case-law that the voluntariness of testimony must not be infringed³⁹. There are, however, several contentious issues. First of all, the rule of Article 171 § 7 CCP refers only to procedural interrogations conducted under the provisions of CCP. Nonprocedural police questioning, which often precedes procedural interrogations falls outside the scope of this article. It should be noted that it is not required by law to accurately record the testimony provided by an interviewee. The result of the police questioning must be summarized in the note the police officer made afterwards. The interviewee cannot familiarize himself with the content of this note, raise objections or demand correcting its content. It is worth noting, however, that Polish courts, when dealing

³⁶ SKORUPKA, J. Wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów bezpośrednio i pośrednio legalnych. In: GODYŃ, J.; HUDZIK, M.; PAPRZYCKI, L. K. (editors). *Zagadnienia prawa dowodowego*. Warszawa: Sąd Najwyższy, p. 29-30, 2011.

³⁷ GABERLE, A. *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków: Wolters Kluwer, p. 314, 2007; KMIECIK, R., Zakazy dowodowe – pojęcie i ich klasyfikacja. Skutki procesowe naruszenia zakazów, reguł i gwarancji procesowych w postępowaniu dowodowym. In: KMIECIK, R.(editor). *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa: Wolters Kluwer, p. 215, 2008.

³⁸ ŻBIKOWSKA, M. Dowód pośrednio nielegalny w polskim procesie karnym. *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, n.1-2, p. 123, 2012.

³⁹ Judgement of the Appellate Court in Warsaw of 9 October 2017 in the case no. II AKA 310/17. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-aka-310-17-wplywanie-na-wypowiedzi-osoby-522498318>>. Access on: September 10, 2020; Judgement of the Appellate Court in Gdansk of 22 June 2016 in the case no. II AKA 150/16. Available at: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-aka-150-16-ustalanie-przez-sad-prawidlowosci-522177843>>. Access on: September 10, 2020.

with the allegations concerning improperly compelled testimony, often analyse the circumstances of the preceding police questioning⁴⁰.

Besides, it appears that Article 171 § 7 CCP does not cover the behaviour of third parties. The information obtained by a private citizen through torture or another form of unlawful duress falls outside the scope of Articles 168a and 171 § 7 CCP. It could be, therefore, used as evidence regardless of its reliability⁴¹.

Another shortcoming relates to the way the defendants' claims regarding the use of improper interrogation techniques are being addressed by Polish courts. The response to the allegations concerning police coercion is often too formal. After interrogating the claimant, the court often refers the issue to the public prosecutor, who conducts an internal investigation and draws an official report. Since there are usually no physical traces of police misconduct, the investigation usually concentrates on testimonial evidence, which in such cases could be corrupted and highly unreliable. Part of the problem is that such claims are often regarded as a defence strategy aiming to raise doubts about the prosecution case, especially in the situations where the defendant previously confessed either fully or partially. With this in view, courts usually set an inadequately high standard of proof. Besides, the burden of proof in such cases is often incorrectly placed on the claimant instead on the side of the prosecution. Only a few cases where courts faced this type of claims have been publicized so far⁴². However, this highly questionable procedure of handling the allegations of police misconduct has never been officially criticized by the Polish higher-tier tribunals. Therefore, it may be assumed that this inefficient way of handling such claims is known and silently approved.

⁴⁰ Judgement of the Polish Supreme Court of 9 October 2019 in the case no. II KK 500/18. Available at: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/v-kk-500-18-postanowienie-sadu-najwyzszego-523102815>>. Access on: September 10, 2020.; Judgement of the Appellate Court in Poznan of 17 June 2014 in the case no. II AKa 107/14. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-aka-107-14-prowadzenie-przed-przesluchaniem-rozмовy-521587565>>. Access on: September 10, 2020.

⁴¹ JAŚIŃSKI, W. Rozdział 26. Zakazy wykorzystywania dowodów, p. 2605.

⁴² Judgement of the Appellate Court in Poznan of 17 June 2014 in the case no. II AKa 107/14.

The relation between Article 168a and Article 171 § 7 CCP is another intensely discussed topic. W. Jasiński concludes that the provisions of Article 171 § 7 CCP should be treated as *lex specialis* prevailing over the rules of Article 168a CCP⁴³. Other scholars suggest, however, that within the current legal framework the provisions of Article 168a CCP could be interpreted in such a way that they outweigh the provisions of Article 171 CCP. Therefore, these authors argue that there is a risk that the evidence obtained with procedural including the ones provided for in Article 171 CCP would be allowed to use in a trial⁴⁴. It is worth noting that the possibility of this misinterpretation of Article 168a CCP was the subject of the complaint of the Polish Ombudsman addressed to the Constitutional Court in 2016⁴⁵. It was, however, later withdrawn on the ground of illegitimacy of the Court's current composition.

Thirdly, as defined in Article 174 CCP, the contents of documents and notes shall not be substituted as evidence for the explanations of the accused or the testimony of witnesses. This is an important guarantee of the defendant's right to remain silent and safeguard against the substitution of his or her direct testimony. It should be noted, however, that such documents may be used as a source of information about the new evidence. Besides, it is not uncommon for criminal suspects to confess to friends, family members or medical personal. Their testimony can be later used as evidence against the defendant. It must also be noted that the rule of Article 174 § 7 CCP applies only to the testimony obtained in the course of procedural interrogations. So, for example, the testimony of the police officers who executed an arrest warrant about the defendant's alleged admissions would be admissible. The testimony

⁴³ JASIŃSKI, W. Rozdział 26. Zakazy wykorzystywania dowodów, p. 2673.

⁴⁴ GORA, Ł. Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.p.k. *Państwo i Prawo*, n. 10, p. 121-132, 2018; GRUZA, Ewa; GOC, Mieczysław, MO-SZCZYŃSKI, Jarosław. *Kryminalistyka, czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw. Zagadnienia prawne*. Warsaw: Wolters Kluwer, p. 83, 2020.

⁴⁵ Appeal of the Polish Ombudsman regarding Article 168a CCP. Available at: < <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek%20do%20TK%20owoce%20zatrutego%20drzewa%20art%20art.%20168a%20%20KPK%206.05.2016.pdf> >. Access on: September 10, 2020.

of the defendant's cellmates is also allowed despite serious concerns over their use in criminal cases⁴⁶.

Fourthly, every person suspected of a crime has a right to counsel of his or her own choice. Several conditions should be met, however, to apply for a legal aid lawyer. First of all, legal aid is being provided for indigent defendants whose cases fall within the scope of cases for which defence is mandatory. Under Article 79 CCP, a suspect or the person accused of a crime must have defence counsel if he or she is (1) minor, (2) deaf, dumb, or blind, (3) insane, (4) has no command of the Polish language.

The defendant must have a defence counsel when the court deems that necessary because of circumstances impeding the defence. Also, according to Article 80 CCP, the person accused of a crime must have defence counsel in proceedings before a Voivodship Court as a court of the first instance if he or she is accused of a felony – the crime with the sentencing limit of more than three years of imprisonment. If the defendant's case does not fall into any of those categories, he or she can receive legal aid on the motion based on indigence under the condition that the lack of means would be “adequately demonstrated” (Article 78 CCP). The law, however, does not specify how an indigent person is to “adequately demonstrate” his or her inability to bear the costs of defence, which often limits the access to legal aid.

It should be noted that some organizational impediments are affecting the exercising of the right to legal counsel in the case of the detained suspects. Often, in police stations, no information on the local criminal lawyers and their contact phone numbers is provided. It also happens that the attorney meets his client for the first time after official charges have been pressed. Needless to say that at this stage, it is usually too late for the lawyer to intervene and prevent the use of questionable interrogation techniques. Besides, the investigative officers are allowed to proceed with the interrogation of detainees without the defence counsel of their choice (Article 301 CCP). In case-law, there is an opinion that

⁴⁶ RUSINEK, M. Rozdział 25. Zakazy odnoszące się do sposobu dowodzenia. In: Skorupka, J (editor). *System Prawa Karnego Procesowego*. Tom VIII. Część 2: Dowody. Warsaw: Wolters Kluwer, p. 2301, 2019.

evidence obtained as a result of the suspect's interrogation conducted without the presence of a lawyer must be considered admissible unless other circumstances, i. e. the ones listed in Articles 168a and 171 § 7 CCP, would undermine its admissibility⁴⁷.

An important guarantee is provided by Article 87 CCP, which allows a witness to be represented by the lawyer of his or her choice during the police interview. The presence of a lawyer reduces the likelihood of misconduct on the part of the police. However, under Article 87 § 3 CCP, the prosecutor may refuse to allow the lawyer to participate in the proceedings if he deems that the interests of the witness do not require such legal representation. The law does not define the situations where such representation could be unnecessary. In our opinion, this provision contradicts the provisions of Article 6 (3) of the European Convention by favouring the interests of the prosecution. It appears that this tendency to favour the prosecution dominates in the Polish procedural law. Within the current legal framework, defence attorneys have a rather limited possibility to actively participate in preliminary proceedings – the model criticized by many Polish scholars⁴⁸.

4. LEGAL SAFEGUARDS AGAINST COERCED CRIMINAL CONFESSIONS IN THE RUSSIAN FEDERATION

The Russian Code of Criminal Procedure of 2001⁴⁹ (CCP RF) contains several legal protections against coercive police practices. Firstly, according to Article 75 (1) CCP RF, the proof obtained with a violation of the demands of the Code shall be qualified as inadmissible.

⁴⁷ Judgement of the Polish Supreme Court of 27 June 2017 in the case no. II KK 82/17. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-kk-82-17-podstawy-kasacji-rzeczniaka-praw-522431726>>. Access on: September 10, 2020.

⁴⁸ KULESZA, C. Rozdział 10. Obrońca. In: KULESZA, C. (editor). Tom VI: Stopy i inni uczestnicy postępowania karnego. In: HOFMAŃSKI, P. (editor). *System Prawa karnego procesowego*, Warsaw: Wolters Kluwer, p. 972-973, 2016.

⁴⁹ Code of Criminal Procedure of the Russian Federation of 18 December 2001. Available at: <https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481/>. Access on: September 10, 2020.

The inadmissible proof is deprived of legal force and cannot serve as a basis for the accusation or be used for proving any of the circumstances relevant to the criminal case. Some scholars suggest that the rule laid down in Article 75 (1) CC RF can be applied only to the evidence which incriminates the defendant. So, evidence obtained in breach of procedural rules may nevertheless be used to prove the defendant's innocence or to establish other facts that could be beneficial for the defence⁵⁰.

The defence can file the motion to exclude evidence based on Article 75 (1) CCP RF either during a preliminary investigation or later during a trial. It may also be filed at any time in upper-tier tribunals. If such a motion is filed during the investigation stage and the public official handling the case allows the motion, a trial court would be unable to assess this evidence. Therefore, scholars argue that, in such a case, there must be the possibility to re-examine the excluded evidence in a courtroom since the law requires criminal judges to evaluate all the evidence collected in the case⁵¹. Others, however, believe that the decision to exclude the illegally obtained evidence made during the initial stages of proceedings should be treated as the final. It can be, however, contested during the trial or even later in an upper tribunal if the prosecution files a respective motion⁵². In practice, the motions on the ground of Article 75 CCP RF are usually filed and examined during a trial.

According to the Supreme Court's guidelines, dealing with exclusionary motions, courts should assess the nature of the rule allegedly violated. However, no criteria have been defined to determine the significance of the violation in question. So, courts have broad discretion in deciding on the admissibility of illegally obtained criminal evidence. The Supreme Court pointed out that there should be one exception.

⁵⁰ KARJAKIN, E.A. Asimetrija pravil o dopustivosti dokazatel'stv v ugovornom sudoproizvodstvu kak forma realizacii polozenija o blagoprijatstvovanii zashhite. *Rossijskaja justicija*, n. 9, p. 33 – 36, 2017; ISAENKO, V.N. Voprosy dopustivosti dokazatel'stv v materialah sudebnoj praktyki. *Ugovolnoe pravo*, n. 5, p. 113 – 120, 2017.

⁵¹ BALAKSHIN, V.S. Priznanie dokazatel'stv, poluchennyh s narusheniem trebovanij ugovolno-processual'nogo zakona, nedopustimymi i isključenje ih iz ugovolnogo dela. *Rossijskij sud'ja*, n. 1, p. 38 – 45, 2018.

⁵² NAUMOV, K.A. Novyj shag zakonodatelja: povysitsja li jeffektivnost' sudebnogo kontrolja i prokurorskogo nadzora? *Zakonnost'*, n. 4, p. 41 – 44, 2017.

If the evidence was obtained through the violation of the individual rights guaranteed by the Russian Constitution⁵³, as would be the case, for example, if the defendant's confession was obtained by the use of torture, inhuman or degrading treatment (the right provided for in Article 21 of the Constitution), it should be declared inadmissible regardless of its content and reliability⁵⁴. This interpretation generally follows the European Court jurisprudence concerning the issue of evidence obtained with the infringement of the rights guaranteed by the Convention. Nevertheless, the information provided by the suspect under torture or another form of coercion is allowed to use in the search for other evidence.

In practice, Russian courts are often prejudiced against the claims concerning improper police compulsion. They tend to apply inadequately high standards of proof even though the use of torture appears to be widespread across the country. In 2019, for example, Russian courts found 641 law enforcement officers guilty of exceeding their powers with the use of violence or special means – the crime penalized under Article 286 of the Russian Criminal Code⁵⁵. The complaints regarding the use of coercive interrogation techniques are usually treated as a typical defence strategy rather than the source of information that needed to be thoroughly checked. Quite often the burden of proof in such cases is incorrectly placed on the defence party⁵⁶.

Article 75 (2) CCP RF provides that inadmissible proof shall be evidence given by the suspect or the person accused of a crime in the

⁵³ Constitution of Russian Federation of 12 December 1993. Available at: < <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-4.htm> > . Access on: September 10, 2020.

⁵⁴ Guidelines of the Russian Supreme Court concerning the application of the provisions of the Russian Constitution of March 3, 2004. Available at: <<http://www.constitution.ru/decisions/10003328/10003328.htm>>. Access on: September 10, 2020.

⁵⁵ Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. Statistical data on the courts' decisions in 2019. Available at: < <https://www.hrw.org/reports/1999/russia/Russ99o-04.htm> >. Access on: September 10, 2020; Human Rights Watch. A persistent pattern of torture and ill-treatment. Available at: < <https://www.hrw.org/reports/1999/russia/Russ99o-04.htm> >. Access on: September 10, 2020.

⁵⁶ Overview of the jurisprudence of the Russian Supreme Court of 2018, Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation, n. 1, 2019.

course of the pretrial proceedings on the criminal case in the absence of the defence counsel, including the cases of the refusal from the council, and not confirmed by the defendant in the court. It should be noted that in Russia all criminal suspects are provided with free legal assistance to guarantee adversarial proceeding. The presence of a lawyer is considered obligatory unless a person implicitly waives his right to an attorney (Article 51 CCP RF). However, even in that case, an investigative officer may insist on the presence of a lawyer to prevent tactically motivated defence motions⁵⁷. If the suspect cannot afford a lawyer, the one would be provided by the state under Article 16 CCP RF. It is also worth noting that a defence attorney has a broad range of procedural rights during the initial stage of the proceedings. Among the most important is the right to conduct parallel investigations including the right to appoint forensic experts and interrogate witnesses (Articles 49, 53, 86 CCP RF).

However, there is a well-known problem with the quality of free legal aid. In such cases, it is not unusual to see the ineffective and inadequate criminal defence. There are several reasons why this happens. First of all, legal aid lawyers are insufficiently paid. Since 2019, a legal aid lawyer is being paid around 2000 rubles per day, which is approximately 23 euros⁵⁸ – a very small sum bearing in mind the rapid inflation of the costs of living in Russia. For many criminal lawyers, this money is the main source of income. Therefore, they take as many cases as possible. The resulting overload concerns many legal practitioners and scholars⁵⁹. More importantly, it is not unusual to see unethical collaboration between legal aid lawyers and police officers. To obtain more cases in the future, some lawyers deliberately ignore the interests of their clients providing erroneous legal advice or simply refusing to offer

⁵⁷ CHEBOTAREVA, I.N. Otkaz podozrevaemogo, obvinjaemogo ot naznachennogo zashhitnika: pravovye pozicii Konstitucionnogo Suda RF. *Advokatskaja praktika*, n. 6, p. 28 – 32, 2019.

⁵⁸ Governmental Decree on the fees paid to legal aid lawyers of December 1, 2012. Available at: <https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_138571/>. Access on: September 10, 2020.

⁵⁹ SEREDNEV, V. A. K voprosu nekotoryh pričín profanacii advokatskoj deatelnosti v otecestvennom ugolovnom processe. *Advokatskaa praktika*, n. 3, p. 39-44, 2019; KURCHENKO, V. N. Obespecenie obvinaemomu prava na zasitu: interpretacia v sudebnoj praktike. *Ugolovnoe parvo*, n. 1, p. 89-95, 2019.

any useful legal information which could help their clients to select the most effective defence strategy. Unfortunately, all complaints regarding such unethical and highly questionable behaviour end up in the local bar associations, which place the burden of proof on the claimants and often favour their members⁶⁰.

Another shortcoming relates to the fact that the exclusionary rules provided for in Article 75 CCP RF do not apply to police questioning, which often takes place before an official procedural interrogation. It should be noted, however, that most complaints about police alleged misconduct concern the suspect's contacts with the police officers outside the interrogation room.

Under Article 56 CCP RF, each person suspected of committing a crime has the right to legal assistance. The investigative officers are obliged to respect this right regardless of the case circumstances and the objectives of the interrogation. If such a witness insists on the presence of a lawyer, his or her questioning should be postponed until the selected lawyer arrives. The presence of a lawyer is of particular importance in the criminal cases concerning white-collar crime where criminal suspects often maintain the status of a witness during the initial stage of the investigation. According to Article 189 CCP RF, the witness's lawyer has the right to be present throughout the interview, to ask questions and object to the questions being asked, to advise his client any time during the interview, to add remarks and objections to the interrogation written report. These provisions comply with the European Court jurisprudence regarding the legal status of the person whom the domestic authorities suspected to be involved in a criminal offence. The state, however, does not provide free legal aid in such cases.

It should be noted that under Article 191 CCP RF a child under sixteen years of age shall be interviewed in the presence of his parent or guardian unless it is against the best interests of the child. The fact that adolescent suspects are interrogated in the presence of an allied adult is very important. In 2013 the provisions of Article 45 CCP RF were amended allowing the child's legal representatives to apply for a legal

⁶⁰ FRANCIFOROVA, S. Ju. Pravovye garantii dejatel'nosti advokata v ugolovnom sudoproizvodstve. *Advo-katskaja praktika*, n. 5, p. 14 – 18, 2019.

aid lawyer. This provision provides extra protection to this especially vulnerable group of case participants. The rule of Article 45 CCP RF appears to be outside the scope of the Member States' obligations arising from the jurisprudence of the European Court. There is, however, no official data on the number of criminal cases where such assistance have been provided.

Unlike in Poland, the law does not forbid the substitution of the testimony of the accused with notes, personal diaries or other secondary sources of information. In case-law, however, one can find an important exception. In 2012, the Russian Supreme Court held that the testimony of investigative officers regarding the content of suspect's confession obtained without the presence of a lawyer should be considered inadmissible under Article 75 (2) CCP RF⁶¹. Nevertheless, Russian courts allow using jailhouse informant testimony – another highly controversial and unreliable source of secondary confessions.

Secondly, the law restricts the length of procedural interviews and interrogations. Under Article 187 CCP RF, interviews and interrogations shall not be conducted for more than four hours without a break and more than eight hours a day. In the case of minors, there are even shorter timeframes – a child under the age of seven years can be questioned for no more than thirty minutes without a break and no more than one hour daily, a child under the age of fourteen years can be questioned for no more than two hours without a break and for no more than four hours a day. There are no legal remedies against the investigative officers violating these requirements. The defence, however, could try to exclude confession on the ground of Article 75 (1) CCP RF or suggest that regarding the circumstances of the case lengthy interrogations compromise the reliability of the evidence.

Thirdly, under Article 173 CCP RF, a repeated interrogation of the accused on the same charge, if he has previously refused to give testimony at the first interrogation, may be conducted only at the request of the accused himself. This rule refers to the general principle that

⁶¹ Judgement of the Russian Supreme Court of 6 March 2016 in the case no. 70-O12-3. Available at: <<http://base.garant.ru/70310476/>> . Access on: September 10, 2020.

no one shall be compelled to be a witness against himself⁶². It also provides an important guarantee against the use of this type of coercive interrogation techniques.

Fourthly, a special investigative procedure called “verification of the evidence on the spot” was introduced in 2001. According to Article 194 CCP RF, the evidence, given at an earlier date by the suspect or by the accused, as well as by the victim or by the witness, may be verified or specified at the place connected with the investigated event. This procedure aims into establishing “the new circumstances of importance for the criminal case” – the provision preventing investigative officers from duplicating testimonial evidence by simply re-enacting the suspect’s previous interrogation on the spot. Importantly, Article 194 CCP RF contains several well-known forensic recommendations regarding the verification of testimonial evidence:

- the verification on the spot shall amount to the procedure, during which the suspect reproduces the situation and the circumstances of the investigated event, points out the objects, the documents and the traces of importance for the criminal case, and demonstrates certain actions;

- any outside interference with the process of verification or any leading questions as well as a simultaneous verification of the testimonies of several persons would be inadmissible;

- the verification of the evidence shall be started with the suggestion that the suspect shows the place where his evidence is going to be verified;

- only after the suspect freely tells the story and demonstrates the actions, he or she may be asked questions.

Besides, during the verification of evidence on a spot, there should be at least two attesting witnesses with no interest in the outcome of the case who certify the fact of the procedure having been conducted, as well as its results. If due to some reasons the participation of attesting witnesses is impossible, investigative officers should apply technical devices to document the process of verification and its results. The law also requires the presence of the suspect’s attorney during the procedure

⁶² DZHABIROV, A. *Bezmolvnoe priznanie, ili Molchat mozno po-raznomu. Ez Jurist*, n. 13, p. 8, 2016.

(Article 53 CCP RF). It is worth noting that the provisions of Article 194 CCP RF do not exclude the possibility of staging the spot by adding some new objects or removing original objects to check the suspect ability to identify these inconsistencies⁶³.

Fifthly, under Article 77 (2) CCP RF, the admission by the accused of his guilt in committing the crime can serve as the foundation for the charge only if his guilt is confirmed by the aggregate of the proof, existing on the criminal case. This provision refers to the idea that each evidence, especially suspect's confession, must be cross-checked with other pieces of evidence collected in the case⁶⁴. The practical importance of Article 77 (2) CCP RF is, however, rather limited. It is very unlikely that the prosecution case would be based solely on uncorroborated confession.

5. DISCUSSION

The discussion over police-elicited criminal confessions often amounts to the determination whether the police, or in broader terms, law enforcement authorities must be endowed with broad discretionary power to their authority to effectively address current challenges, or instead, individual rights and privileges should be favoured over public interests. In this oversimplified approach, the answer may seem to be obvious: choosing between individual rights and investigative effectiveness, many would probably opt for the latter. However, in the light of the European Convention and the jurisprudence of the European Court, all states are required, although not in expressed terms, to adopt pertinent legal safeguards, including the exclusionary evidence rules⁶⁵. In the case of Poland, the provisions concerning the admissibility of illegally

⁶³ BAEV, O.; SOLODOV, D. *Proizvodstvo sledstvennyh dejstvij: kriminalisticheskij analiz UPK Rossii, praktika, rekomendacii*. Moscow: Eksmo, p. 157-158, 2010.

⁶⁴ SOLOVIEVA, N. A.; PEREKRESTOV, V. N. *Dokazatelstvennaâ funkcia priznania. Rossijskaa usticia*, n. 11, p. 13-18, 2008; KORNAKOVA, S. V. *Nekotorye suzhdenija o nesovershenstve norm upk rf, kasajushhhsja priznaniya viny obvinjaemym. Sibirskie ugovovno-processual'nye i kriminalisticheskie chtenija*, n. 4 (26), p. 113, 2019.

⁶⁵ HO, H.L. *The Fair Trial Rationale for Excluding Wrongfully Obtained Evidence*. In: GLESS S., RICHTER T. (editors). *Do Exclusionary Rules Ensure*

obtained evidence, i.e. Article 168a, 171 CCP, can be interpreted in different ways. The lack of a unified interpretation of those provisions remains an issue of serious concern in relation to legal certainty and transparency. In Russia, broad discretion is conferred on the national courts in determining whether the violation in question is significant enough to exclude the resulting evidence. It allows courts to decide on the admissibility of evidence on a case-by-case basis – the model that appears to be optimal, given the uniqueness of each case. However, the lack of clear formal criteria results in the absence of a unified practice and legal certainty.

Another common shortcoming relates to the scope of exclusionary rules provided for in national law. An official interrogation is often preceded by unofficial police questioning. In Russia, police officers are not required to document the process and the results of police questioning. In Poland, a police officer is obliged to produce an official written note. However, such a note contains a subjective assessment of the facts and often lacks significant details of the events. Without accurate and proper documentation, it is difficult to establish the facts related to alleged police misconduct. Besides, in both countries, the evidence derived from evidence obtained in violation of the defendant's conventional and constitutional rights could be legally used against the defendant.

On the positive side is the fact that in both countries evidence obtained in violation of the rights provided by Article 3 of the European Convention is considered inadmissible regardless of the circumstances of the case, thus, following the European Court jurisprudence. Nevertheless, national courts tend to treat the allegations regarding the use of improper investigative techniques as a defence strategy. While it may be true in some cases, it is still a quite dangerous generalization. It places the burden of proof, which is usually critical for the outcome of the case, on the defence party. Judicial inquiries into the allegations concerning police misconduct are often done by formal and ineffective measures. It should be, however, acknowledged that in such cases there is usually limited evidence. In both countries, it is possible and legal to document

a Fair Trial? Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, v. 74, p. 283-305, 2019.

procedural interrogations by using only written reports. In many cases regarding the alleged use of inappropriate investigative techniques, such reports are the only source of information about what happened during the interrogation and the statements made by the suspect. Besides, the interrogator's written report is always a mediated account of the interrogation, which does not accurately preserve the substance of the questions asked and the statements made. We suggest that the issue should be addressed by introducing additional means of documentation. Videotaping during procedural interrogations, as well as police questioning, should become mandatory. Our experience shows, however, that despite many obvious benefits, videotaping interrogations may raise new challenges. It is not unusual for the suspect's interrogations to last several hours and there is rarely, if ever, only one such an interrogation. So, the analysis of the resulting records is often a demanding and time-consuming task for both the defence and later for the trial court. In our opinion, written records should be maintained alongside videotapes to provide a brief overview of the suspect's testimony. We also suggest introducing obligatory medical examinations of the suspect after police questioning and interrogations.

Regarding other legal safeguards, we doubt whether the detailed provisions concerning the length of interrogations, the prohibition of repeated interrogations and the confession evidentiary value outweigh more general rules provided by the Polish law (Article 171 CCP). Instead, the growing number of applications concerning the violations of Article 3 and 6 of the Convention against the Russian Federation⁶⁶ may suggest otherwise. The more important issue in terms of the prevention of improper police compulsion is the implementation of the right to assistance of a defence counsel. The practice where the defendant meets his lawyer at the end of the investigation is highly questionable concerning the European Court jurisprudence. On the other hand, it is crucial to provide not only readily available but quality legal assistance.

⁶⁶ European Court of Human Rights. Analysis of statistics 2019. Available at: < https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2019_ENG.pdf /> . Access on: September 10, 2020.

CONCLUSIONS

1. There is no doubt that exclusionary rules are an important guarantee of the conventional right to the due process. The jurisprudence of the European Court following the provisions of Article 6 the Convention obliges all states to adopt such rules to provide a sufficient level of protection. However, the vague wording of pertinent legal provisions might be the factor impinging on their efficiency.

2. The allegation regarding improperly compelled criminal confessions should gain more attention from the national courts, as the jurisprudence of the European Court requires. To address the problem of the judicial formalism in assessing this type of claims, we suggest introducing mandatory video recording of all interrogations and police questioning, as well as obligatory medical examinations of the suspect.

3. In the case of Russia, the issue regarding the quality of free legal assistance should be addressed more effectively. It is crucial to provide qualified legal assistance to the suspect regardless of their financial status. In the case of Poland, the question of whether there should be much broader access to legal assistance at the early stages of criminal proceedings can not be answered conclusively since the law significantly limits the rights of defence attorneys.

4. We suggest that the way criminal investigators verify a confession is equally important. Practice shows that, when dealing with criminal confessions, the verification of suspect testimony on a spot could provide valuable clues as to whether the confession is authentic or not. We believe that certain organizational aspects of this quite complex investigative procedure should not be left within the discretion of the investigative officers. The detail provisions of Article 194 CCP RF regarding the verification of evidence on a spot could be used as a reference model.

REFERENCES

2019 Commission report on monitoring the application of EU law. Available at: < https://ec.europa.eu/info/publications/2019-commission-report-monitoring-application-eu-law_en >. Accessed on: September 10, 2020.

Appeal of the Polish Ombudsman regarding Article 168a CCP. Available at: <<https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek%20do%20TK%20owoce%20zatrutego%20drzewa%20art%20art.%20168a%20%20KPK%206.05.2016.pdf>>. Access on: September 10, 2020.

BAEV, O.; SOLODOV, D. *Proizvodstvo sledstvennyh dejstvij: kriminalisticheskij analiz UPK Rossii, praktika, rekomendacii*. Moscow: Eksmo, 2010.

BALAKSHIN, V.S. Priznanie dokazatel'stv, poluchennyh s narusheniem trebovanij ugolovno-processual'nogo zakona, nedopustimymi i isključenje ih iz ugolovnogo dela. *Rossijskij sud'ja*, n. 1, p. 38 – 45, 2018.

BŁOŃSKI, M. Przeprowadzanie na rozprawie dowodów uzyskanych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych. *Prokuratura i prawo*, n. 9, p.78-92, 2017.

BRZOZOWSKI, Sebastian. Dopuszczalność dowodu w kontekście regulacji art. 168a k.p.k. *Przegląd Sądowy*, n. 10, p. 60-74, 2016.

CHEBOTAREVA, I.N. Otkaz podozrevaemogo, obvinjaemogo ot naznachennogo zashhitnika: pravovye pozicii Konstitucionnogo Suda RF. *Advokatskaja praktika*, n. 6, p. 27 – 35, 2019.

Code of Criminal Procedure of the Republic of Poland of 6 June 1997. Available at: <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf>>. Access on: September 10, 2020.

Code of Criminal Procedure of the Russian Federation of 18 December 18 2001. Available at: <https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481/>. Access on: September 10, 2020.

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment of 1984, Available at: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf>. Access on: September 10, 2020.

Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343>>. Access on: September 10, 2020.

Directive (EU) 2016/800 of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0800>>. Access on: September 10, 2020.

Directive 2012/13/EU of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings. Available at: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32012L0013>>. Access on: September 10, 2020.

Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0048>>. Access on: September 10, 2020.

DZHABIROV, A. Bezmolvnoe priznanie, ili Molchat mozno po-raznomu. *Ez Jurist*, n. 13, p. 6-11, 2016.

EECHAUDT, V., CLAEYS, J., BEKEN, T. V.; CIUFFOLETTI, S.; HUGUES DE SUREMAIN, RANAL, D. *Research project EUPRETRIALRIGHTS Improving the protection of fundamental rights and access to legal aid for remand prisoners in the European Union. Analysis of European law as regard to access of detained persons to the law and to court*. Available at: <<https://biblio.ugent.be/publication/8625571/file/8625572>>. Access on: September 10, 2020.

European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Analysis of statistics 2019. Available at: < https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2019_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb). Updated on 30 April 2020, p. 75. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb). Updated on 30 April 2020, p. 36. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights Right to a fair trial (criminal limb). Updated on 30 April 2020, p. 38-39. Available at: <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement in the case of *Affaire Urazbayev v. Russia* of 8 October 2019. Application no. 13128/06. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196408>>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement in the case of case of Almaši v. Serbia of 8 October 2019. Application no. 21388/15. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196417>>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement in the case of El Haski v. Belgium of 25 September 2012. Application no. 649/08. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-113445%22>>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement in the case of Ibrahim and others v. the United Kingdom of 16 December 2014. Applications nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-148676>>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement of the Grand Chamber in the case of John Murray v. the United Kingdom of 8 February 1996. Application no. 18731/91. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22dmdocnumber%22:%22695857%22,%22itemid%22:%22001-57980%22>>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement of the Grand Chamber in the case of Gäfgen v. Germany of 1 June 2010. Application no. 22978/05. Available at: <<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22itemid%22:%22001-99015%22>>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement of the Grand Chamber in the case of Simeonovi v. Bulgaria of 12 May 2017. Application no. 21980/04. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172963>>. Access on: September 10, 2020.

European Court of Human Rights. Judgement of the Grand Chamber in the case of Beuze v. Belgium of 9 November 2018. Application no. 71409/10. Available at: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187802>>. Access on: September 10, 2020.

FRANCIFOROVA, S. Ju. Pravovye garantii dejatel'nosti advokata v ugovolnom sudoproizvodstve. *Advokatskaja praktika*, n. 5, p. 14 – 18, 2019.

GABERLE, A. *Dowody w sądowym procesie karnym*, Kraków: Wolters Kluwer, 2007.

GORA, Ł. Aksjologia procesowa a dopuszczalność dowodu z art. 168a k.p.k. *Państwo i Prawo*, n. 10, p. 131-132, 2018.

Governmental Decree on the fees paid to legal aid lawyers of December 1, 2012. Available at: <https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_138571/>. Access on: September 10, 2020.

GRUZA, Ewa; GOC, Mieczysław, MOSZCZYNSKI, Jarosław. *Kryminalistyka, czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw. Zagadnienia prawne*. Warsaw: Wolters Kluwer, 2020.

GUDJONSSON, Gisli H. *The Psychology of Interrogations and Confessions: A handbook*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 2003.

GUDJONSSON, Gisli H.; PEARSE, John. Suspect Interviews and False Confessions. *Current Directions in Psychological Science*, v. 20, n. 1, p. 33-37, 2011. <https://doi.org/10.1177%2F0963721410396824>

Guidelines of the Russian Supreme Court concerning the application of the provisions of the Russian Constitution of March 3, 2004. Available at: <<http://www.constitution.ru/decisions/10003328/10003328.htm>>. Access on: September 10, 2020.

HO, H.L. The Fair Trial Rationale for Excluding Wrongfully Obtained Evidence. In: GLESS S., RICHTER T. (editors). *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, v. 74, p. 283-305, 2019.

HODGSON, J. The Challenge of Universal Norms: Securing Effective Defence Rights Across Different Jurisdictions and Legal Cultures. *Journal of Law and Society*, 46, p. 95-114, 2019. <https://doi.org/10.1111/jols.12185>

Human Rights Watch. A persistent pattern of torture and ill-treatment. Available at: < <https://www.hrw.org/reports/1999/russia/Russ99o-04.htm>>. Access on: September 10, 2020.

Human Rights Watch. World Report 2020, Available at: <https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2020_0.pdf>. Access on: September 10, 2020.

ISAENKO, V.N. Voprosy dopustimosti dokazatel'stv v materialah sudebnoj praktyki. *Ugolovnoe pravo*, n. 5, p. 113 – 120, 2017.

JASIŃSKI, W. Racjonalna regulacja karnoprosesowej dopuszczalności dowodów uzyskanych z naruszeniem praw jednostki. *Acta Universitatis Wratislaviensis*, n. 3978, p. 83-95, 2020. <https://doi.org/10.19195/0137-1134.120.54>

JASIŃSKI, W. Rozdział 26. Zasady wykorzystywania dowodów. In: HOFMAŃSKI, P., SKORUPKA J. (editors). *System Prawa Karnego Procesowego*. Tom VIII: Dowody. Part 2, Warszawa: LexisNexis, p. 2668-2669, 2019.

Judgement of the Appellate Court in Gdansk of 22 June 2016 in the case no. II AKa 150/16. Available at: < <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/>>

orzeczenia-sadow/ii-aka-150-16-ustalanie-przez-sad-prawidlowosci-522177843>. Access on: September 10, 2020.

Judgement of the Appellate Court in Poznan of 17 June 2014 in the case no. II AKA 107/14. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-aka-107-14-prowadzenie-przed-przesluchaniem-rozmowy-521587565>>. Access on: September 10, 2020.

Judgement of the Appellate Court in Warsaw of 9 October 2017 in the case no. II AKA 310/17. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-aka-310-17-wplywanie-na-wypowiedzi-osoby-522498318>>. Access on: September 10, 2020.

Judgement of the District Court in Czestochowa of 8 May 2019 in the case no. VII Ka 58/19. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/vii-ka-58-19-wyrok-sadu-okregowego-w-czestochowie-522761214>>. Access on: September 10, 2020.

Judgement of the Polish Supreme Court of 26 June 2019 in the case no. IV KK 328/18. Available at: <<http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/IV%20KK%20328-18.pdf>>. Access on: September 10, 2020.

Judgement of the Polish Supreme Court of 27 June 2017 in the case no. II KK 82/17. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/ii-kk-82-17-podstawy-kasacji-rzeczniaka-praw-522431726>>. Access on: September 10, 2020.

Judgement of the Polish Supreme Court of 9 October 2019 in the case no. II KK 500/18. Available at: <<https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/v-kk-500-18-postanowienie-sadu-najwyzszego-523102815>>. Access on: September 10, 2020.

Judgement of the Russian Supreme Court of 6 March 2016 in the case no. 70-O12-3. Available at: <<http://base.garant.ru/70310476/>>. Access on: September 10, 2020.

Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation. Statistical data on the courts' decisions in 2019. Available at: <<https://www.hrw.org/reports/1999/russia/Russ99o-04.htm>>. Access on: September 10, 2020.

KARJAKIN, E.A. *Asimmetrija pravil o dopustimosti dokazatel'stv v ugolovnom sudoproizvodstve kak forma realizacii polozenija o blagoprijatstvovanii zashhite. Rossijskaja justicija*, n. 9, p. 33 – 36, 2017.

KASSIN, S. M.; DRIZIN, S. A.; GRISSO, T.; GUDJONSSON, G. H.; LEO, R. A.; REDLICH, A. D. Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations. *Law and Human Behaviour*, n. 34, p. 16-19, 2010.

KASSIN, Saul M.; GUDJONSSON, Gisli H. The Psychology of Confessions: A Review of the Literature and Issues. *Psychological Science in the Public Interest*, v. 5, n. 2, p. 33-67, 2004.

KMIECIK, R. Zakazy dowodowe – pojęcie i ich klasyfikacja. Skutki procesowe naruszenia zakazów, reguł i gwarancji procesowych w postępowaniu dowodowym. In: KMIECIK, R. (editor). *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2008.

KORNAKOVA, S. V. Nekotorye suzhenija o nesovershenstve norm upk rf, kasajushhihsja priznaniya viny obvinjaemym. *Sibirskie ugovolno-processual'nye i kriminalisticheskie chtenija*, n. 4 (26), p. 110-118, 2019.

KUCHARCZYK, Mariusz. Zakaz substytuowania dowodu z wyjaśnień oskarżonego treścią pism, zapisków i notatek urzędowych. *Prokuratura i Prawo*, n. 5, p. 137-148, 2005.

KULESZA, C. Rozdział 10. Obrońca. In: KULESZA, C. (editor). Tom VI: Strony i inni uczestnicy postępowania karnego. In: HOFMAŃSKI, P. (editor). *System Prawa karnego procesowego*, Warsaw: Wolters Kluwer, p. 862-975, 2016.

KURCHENKO, V. N. Obespecenie obvinaemomu prava na zasitu: interpretacia v sudebnoj praktike. *Ugovolnoe parvo*, n. 1, p. 89-95, 2019.

LEO, R. Police Interrogations, False Confessions, and Alleged Child Abuse Cases. *University of Michigan Journal of Law Reform*, n. 50, p. 693-721, 2017.

LIPIŃSKI, Konrad. Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym (art. 168a k.p.k.). *Prokuratura i prawo*, n. 11, p. 44-59, 2016.

MCCONVILLE, Michael; BALDWIN, John. The role of interrogation in crime discovery and conviction. *The British Journal of Criminology*, v. 22, n. 2, p. 165 -175, 1982. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a047296>

MOSCATELLI, Livia Yuen Ngan. Considerações sobre a confissão e o método Reid aplicado na investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 1, p. 361-394, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.331>

NAUMOV, K.A. Novyj shag zakonodatelja: povysitsja li jeffektivnost' sudebnogo kontrolja i prokurorskogo nadzora? *Zakonnost'*, n. 4, p. 41 – 47, 2017.

Overview of the jurisprudence of the Russian Supreme Court of 2018, Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation, n. 1, 2019.

RASSIN, Eric; ISRAËLS, Han. False confessions in the lab: a review. *Erasmus Law Review*, v. 7, n. 4, p. 219-224, 2014.

RUDICH, V.V., Standarty dopustimosti dokazatel'stv po ugovolnym delam, vyrabotannye v reshenijah Evropejskogo suda po pravam cheloveka. *Mezhdunarodnoe ugovolnoe pravo i mezhdunarodnaja justicija*, n. 5, p. 9 – 12, 2017.

RUSINEK, M. Rozdział 25. Zakazy odnoszące się do sposobu dowodzenia. In: Skorupka, J (editor). *System Prawa Karnego Procesowego*. Tom VIII. Część 2: Dowody. Warsaw: Wolters Kluwer, p. 1982–1995, 2019.

RUSSANO, Melissa B.; MEISSNER, Christian A.; NARCHET, Fadia M.; KASSIN, Saul M. Investigating True and False Confessions Within a Novel Experimental Paradigm. *Psychological Science*, n. 16(6), p. 481-486, 2015.

SEREDNEV, V. A. K voprosu nekotoryh pričín profanacii advokatskoj deatelnosti v otecestvennom ugovolnom processe. *Advokatskaa praktika*, n. 3, p. 39-44, 2019.

SKORUPKA, J. Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym. In: GRZEGORCZYK, T.; OLSZEWSKI R. (editors). *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Warszawa: Wolters Kluwer, p. 351-364, 2016.

SKORUPKA, J. Wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów bezpośrednio i pośrednio legalnych. In: GODYŃ, J.; HUDZIK, M.; PAPRZYCKI, L. K. (editors). *Zagadnienia prawa dowodowego*. Warszawa: Sąd Najwyższy, p. 29-30, 2011.

SOLOVIEVA, N. A.; PEREKRESTOV, V. N. Dokazatelstvennaâ funkcia priznania. *Rossijskaa usticia*, n. 11, p. 13-18, 2008.

Universal Declaration of Human Rights of 1948. Available at: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Access on: September 10, 2020.

WĄSEK-WIADEREK, Małgorzata. Przegląd orzecznictwa Europejskiego dotyczącego spraw karnych. *Zeszyt*, n. 1-2, p.21, 2010.

ŻBIKOWSKA, M. Dowód pośrednio nielegalny w polskim procesie karnym. *Wojskowy Przegląd Prawniczy*, n.1-2, p. 108-124, 2012.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaração de autoria e especificação das contribuições (declaration of authorship): all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Denis Solodov:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Ilia Solodov:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 20/04/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/06/2020
- Avaliação 1: 24/06/2020
- Avaliação 2: 07/07/2020
- Avaliação 3: 20/07/2020
- Decisão editorial preliminar: 30/07/2020
- Retorno rodada de correções 1: 10/09/2020
- Decisão editorial 2: 15/09/2020
- Retorno rodada de correções 2: 16/09/2020
- Decisão editorial final: 16/09/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SOLODOV, Denis; SOLODOV, Ilia. Legal safeguards against involuntary criminal confessions in Poland and Russia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1661-1698, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.368>



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

O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao *in dubio pro reo*

Eyewitness identification and legal psychology: fallibility of the testimony as a reinforcement of the Labeling Approach and violation of in dubio pro reo

Marina Trindade Magalhães¹

Instituto Brasiliense de Direito Público – Brasília/DF, Brasil

mtrindade.marina@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1267722569654905>

 <http://orcid.org/0000-0002-4638-9096>

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema do reconhecimento pessoal no Brasil e nos Estados Unidos, bem como o estudo da psicologia judiciária relacionada ao testemunho. O objetivo desta pesquisa é entender qual é o tratamento dado à colheita da prova testemunhal no Brasil? E nos Estados Unidos? Quais são os fatores que influenciam na falibilidade do testemunho? Por fim, a inobservância dos requisitos do art. 226 do Código de Processo Penal representa reforço à Teoria do Etiquetamento e à seletividade penal? Como metodologia, adotou-se a revisão bibliográfica sobre o tema e a análise de alguns acórdãos exemplificativos sobre o assunto. O trabalho visou analisar a literatura, nacional e norte-americana, sobre o reconhecimento pessoal; examinar o entendimento jurisprudencial acerca do tema; abordar variados fatores que podem influenciar no ato do reconhecimento pessoal; e, por fim, debater sobre a seletividade penal, que pode ser reforçada pela inobservância dos critérios legais para o reconhecimento pessoal. Conclui-se que, embora careça de atualizações, o art. 226 do Código

¹ Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Advogada.

de Processo Penal deveria ser respeitado em sua integralidade, de modo a evitar a influência de fatores, como as falsas memórias e as problemáticas que envolvem o reconhecimento *cross-racial*, o *weapon effect*, dentre outros. Com respeito à legislação, aliado a técnicas adequadas de entrevista testemunhal, evita-se, assim, o fortalecimento da seletividade penal e da Teoria do Etiquetamento.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento pessoal; Reconhecimento fotográfico; Psicologia judiciária; Etiquetamento social.

ABSTRACT: *The present article addresses aspects of eyewitness identification in Brazil and the United States, as well as some of the factors that imply the fallibility of testimony. The main purpose of the research is to understand how does each, Brazil and the United States, treat testimonial evidence? What are some of the factors the influence the fallibility of the testimony? Finally, does the non-observance of the legal criteria in the article 226 of the Brazilian Criminal Procedure Code reinforce the Labeling Approach and criminal selectivity? The methodology applied in the research consists in literature review and the analysis of some judicial cases in which eyewitness identification was used as evidence. The specific goals of the study were to analyze the Brazilian and North American doctrinal understanding of eyewitness identification; examine how the Brazilian courts addresses the issue; research the various factors that may influence the identification; and, finally, discuss about the criminal selectivity that can be reinforced by the non-observance of the legal criteria for eyewitness identification. One can conclude that the article 226 of the Criminal Procedure Code, even though it lacks some update, should be applied in its entirety in order to avoid the influence of factors such as false memories and issues involving cross racial identification, weapon effect, among others. Respecting legal criteria is also capable to avoid the strengthening of criminal selectivity and the Labeling Approach.*

KEYWORDS: *Eyewitness identification; Photo identification; Criminal psychology; Labeling approach.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Reconhecimento pessoal: posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema; 1.1 Reconhecimento pessoal no Brasil; 1.2 Reconhecimento pessoal nos Estados Unidos; 2 A psicologia judiciária e a prova testemunhal: fatores que influenciam na falibilidade do testemunho; 3 Teoria do Etiquetamento e o *in dubio pro reo*; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento configura-se como um meio de prova no qual alguém identifica uma pessoa ou uma coisa que lhe é mostrada, como algo que já se tenha visto, perante a autoridade policial ou judiciária, nos moldes previstos em lei (LIMA, 2016, p. 703). No Brasil, o reconhecimento pessoal deve atender aos requisitos do art. 226 do Código de Processo Penal, de forma a evitar que procedimentos inadequados resultem em provas utilizadas no curso da ação penal. Na prática, no entanto, as disposições do citado artigo são tidas como sugestões, e não obrigаторiedades, de modo que grande parte dos reconhecimentos realizados na fase extrajudicial e em juízo é feita de maneira informal, em nome do princípio do livre convencimento motivado (LOPES JR., 2014, p. 494).

Nessa informalidade, reside a problemática do reconhecimento no ordenamento jurídico pátrio. Os incisos do art. 226 do Código de Processo Penal visam a uma maior garantia de fidelidade da prova que se pretende obter (LOPES JR., 2014, p. 495), o que diminui o efeito de fatores externos, como as falsas memórias, a influência da Teoria do Etiquetamento, o decurso de tempo entre o fato e o reconhecimento, dentre outros.

A inobservância dos procedimentos adequados pode ocasionar reconhecimentos deficientes e pouco confiáveis, o que resulta em decisões judiciais que reforçam a Teoria do Etiquetamento, trabalhada por autores, como Howard Becker, e, conseqüentemente, violam o *in dubio pro reo*, princípio que deveria ser aplicado em casos de razoável dúvida.

Em razão do exposto, torna-se imperiosa a necessidade de encontrar meios de fortalecer as técnicas aplicadas no ato de reconhecimento, de modo a aumentar a precisão e minimizar a falibilidade do testemunho (MALPASS *et al.*, 1981, p. 343).

Dessa forma, orienta-se a pesquisa a partir das seguintes questões: como é realizada a colheita da prova testemunhal no Brasil? E nos Estados Unidos? Quais são os fatores que influenciam na falibilidade do testemunho? Atentando-se a isso, a inobservância dos requisitos do art. 226 do Código de Processo Penal leva ao reforço da Teoria do Etiquetamento e da seletividade penal? Para tanto, no primeiro capítulo, serão analisadas a doutrina jurídica e a jurisprudência que versam sobre o

reconhecimento pessoal, de modo a trazer para a discussão diferentes visões sobre o art. 226 do Código de Processo Penal e a percepção das problemáticas que envolvem sua relativização. Será feita, ainda, a análise de casos e de estudos estrangeiros sobre o tema e a evolução da discussão nos Estados Unidos.

O segundo capítulo será destinado ao estudo de trabalhos que tratam da psicologia judiciária, no tocante às teorias que envolvem o reconhecimento pessoal, de modo a compreender os institutos psicológicos e os variados elementos que influenciam a construção da memória.

No terceiro e último capítulo, utilizando as lições extraídas do segundo capítulo, será abordada a Teoria do Etiquetamento, para analisar a forma como as concepções sociais influenciam os reconhecimentos fotográficos e pessoais, o que leva a uma seletividade no sistema penal. Por fim, analisar-se-á a adequação do art. 226 do Código de Processo Penal frente às problemáticas trabalhadas no texto.

1 RECONHECIMENTO PESSOAL: POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA

O presente tópico do trabalho tem como objetivo abordar os principais aspectos sobre o reconhecimento pessoal no Brasil, sob a ótica da doutrina e da jurisprudência, e nos Estados Unidos, de modo a permitir um cotejo entre as diferenças e semelhanças relativas ao tratamento dado em cada país.

1.1 RECONHECIMENTO PESSOAL NO BRASIL

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro (LOPES JR., 2014, p. 473). Por meio de prova são entendidas as atividades endoprocessuais, produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, diferentemente dos meios de investigação, que representam as atividades, em regra, executadas nas fases preliminares de investigação (LIMA, 2016, p. 580).

Nesse passo, embora o Código de Processo Penal afirme que todas as provas são relativas e que nenhuma delas terá mais valor que a outra,

na prática, a prova testemunhal exerce preponderante influência sobre as demais provas, principalmente quando a infração não deixa vestígios, sendo a palavra da vítima uma das únicas provas colhidas (LOPES JR.; GESU, 2007, p. 107).

Assim, ainda que seja possível recolher indícios que levam ao reconhecimento e à autoria em sede de investigação preliminar, é preciso que, em juízo, tais elementos sejam filtrados, à luz dos princípios do processo penal, a fim de que sejam utilizados em fundamentos de decisão e sentença (FRANÇA, 2012, p. 57).

No bojo das provas testemunhais – provas que dependem da memória das testemunhas – está o reconhecimento pessoal. Configurando uma das principais e mais frequentes diligências instrutórias no Brasil, o reconhecimento pessoal é regido pelas disposições do art. 226 do Código de Processo Penal (CPP)², as quais indicam uma série de critérios que deveriam ser atendidos, a fim de dar credibilidade à palavra da testemunha, sem ofender princípios constitucionais, como o da presunção de inocência. A jurisprudência atual e dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), entretanto, considera as disposições do art. 226 como meras sugestões, o que faz com que a não observância delas não implique em nulidade³.

² ² “Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no n° III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.”

³ Indica-se, a título de exemplo, os julgados: STJ, AgRg no AREsp 1617926/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/03/2020; STJ, AgRg no REsp 1827892/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020; STJ, AgRg no AREsp 1534916/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 06/02/2020; STJ, AgRg

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios corrobora o entendimento sedimentado pelos Tribunais superiores e permite que os reconhecimentos no Distrito Federal sejam realizados sem atenção aos requisitos descritos no art. 226 do CPP, considerando os critérios do artigo como meras “recomendações legais”⁴. O TJDFT possui, inclusive, uma Jurisprudência em Temas sobre o assunto⁵:

O art. 226 do Código de Processo Penal prevê recomendações quanto ao reconhecimento de pessoas, e não exigências legais. A inobservância das formalidades previstas nesse artigo, portanto, não invalida o reconhecimento do réu, especialmente quando estiver amparado por outros elementos de prova.

Percebe-se, com esse entendimento, uma grande ofensa aos princípios norteadores do Processo Penal ao admitir-se uma prova que não atenda aos requisitos impostos em lei. As autoridades policiais ou judiciais, ao questionar se a vítima ou a testemunha reconhece o acusado como o autor do delito, sem colocá-lo próximo a outras pessoas com características semelhantes (art. 226, II) ou até mesmo sem proceder a uma prévia colheita de informações sobre o suposto autor do delito (art. 226, I), infringem a norma processual penal e permitem que reconhecimentos frágeis resultem em condenações.

Sobre o tema, Lopes Jr. (2014, p. 494) é firme em defender que:

O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo

no REsp 1808455/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/11/2019; STJ, AgRg no HC 539.979/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/11/2019; STF, RHC 125026 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 23/06/2015; STF, RHC 119439, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014,

⁴ A título de exemplo, cita-se o Acórdão 1205752, 20180810034499APR, Rel. Desembargador Waldir Leôncio Lopes Júnior, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 3/10/2019.

⁵ Reconhecimento pessoal realizado de forma diversa da prevista no CPP – validade. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-reiterada-1/direito-processual-penal/reconhecimento-realizado-de-forma-diversa-da-prevista-no-cpp-valida-de>> Acesso em: nov. 2019.

Penal. (...) Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que — em matéria processual penal — forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

Cumpre frisar que a atenção aos incisos do art. 226 fornece à prova coletada maior segurança. Ao solicitar que a testemunha/vítima descreva a pessoa que deve ser reconhecida, o processo fragmentário da memória torna-se conhecido, o que possibilita ao juiz perceber se o declarante tem a mínima lembrança da pessoa a ser reconhecida (NUCCI, 2015, p. 439).

Ato contínuo, ao colocar a pessoa que se pretende reconhecer ao lado de outros indivíduos com características semelhantes, a vítima/testemunha é levada, diante da dúvida, a exercer o processo de comparação, para buscar a real imagem daquele que deva ser reconhecido (*ibid*, 2015, p. 439).

A forma como as perguntas são formuladas pela autoridade policial também possui o condão de influenciar no testemunho. O modo e o contexto de uma pergunta podem sugestionar a resposta da vítima ou da testemunha (TORTORA, 2013, p. 1523). No Brasil, há uma predominância de perguntas fechadas, com carga de sugestionabilidade, aptas a interferir na qualidade do testemunho (STEIN; ÁVILA, 2018, p. 48).

Outro exemplo de procedimento apto a estigmatizar e influenciar no reconhecimento é o que, nos Estados Unidos, é chamado de *show-up*. Neste, a autoridade policial conduz uma testemunha ou vítima a um local para mostrar a ela apenas um suspeito que já tenha sido detido. Essa técnica tem alto grau de induzimento, visto que o uso de algemas, ou o fato de estar dentro do camburão, leva a vítima a crer que a polícia tem mais elementos para acreditar que aquele é o culpado. Em razão da possível sugestionabilidade que esse procedimento pode acarretar nos testemunhos, muitas cortes de justiça americanas já proibiram tal prática⁶.

⁶ CALIFORNIA INNOCENCE PROJECT. *Eyewitness Identification*. Disponível em: <<https://californiainnocenceproject.org/issues-we-face/eyewitness-identification/>>. Acesso em: nov. 2019.

Exemplo é a Suprema Corte do estado de Wisconsin, nos Estados Unidos, a qual determinou que prova obtida por meio de um reconhecimento com base no *show-up* é inerentemente sugestiva e não será admitida, salvo se, considerando todas as circunstâncias, a utilização dela fosse estritamente necessária (NORTON, 2006, p. 1).

No Brasil, uma pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) mostrou que a técnica *show-up*, valendo-se de uma variedade de práticas de reconhecimento, foi a estratégia predominante nos reconhecimentos realizados em 2014 e 2015. Somado a isso, foi identificada a média de um ano entre o fato delituoso e a coleta de provas testemunhais em juízo, tempo excessivo, quando se considera o natural processo de esquecimento, o qual sofre interferências internas e externas, à medida que o tempo passa (STEIN; ÁVILA, 2018, p. 47-48).

Sobre a questão do decurso de tempo entre o fato delituoso e a coleta de provas testemunhais, estudos mostram que não apenas o tempo decorrido tem efeito sobre a memória, mas também os aspectos ambientais do local do crime, como a iluminação, e o próprio tempo de exposição da vítima ao acusado influenciam a recordação dos fatos (HANDBERG, 1995, p. 1053).

No mesmo problema recai o reconhecimento fotográfico, prova inominada amplamente utilizada nos procedimentos de reconhecimento (LIMA, 2016, p. 704). Para Guilherme Nucci (2015, p. 438), devido à probabilidade de erros, o reconhecimento fotográfico deve seguir as disposições dos incisos do art. 226 do Código de Processo Penal, bem como deve ser considerado uma prova indireta, um mero indício. A jurisprudência do STJ, nessa esteira, é clara ao afirmar que sua utilização é possível, desde que corroborada por outros elementos de prova⁷, contudo, não raro, o reconhecimento fotográfico é a única prova a embasar a sentença condenatória.

O reconhecimento fotográfico deve servir como ato preparatório ao reconhecimento pessoal sem, entretanto, desconsiderar as formalidades

⁷ Indica-se os seguintes julgados: STJ, HC 461.634/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 08/11/2018; STJ, AgRg no HC 462.030/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 05/03/2020; STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1585502/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 06/02/2020.

devidas, para que não se contamine o reconhecimento realizado pela vítima. As provas testemunhais, bem como os reconhecimentos, são altamente suscetíveis a mentiras e à influência das falsas memórias. Logo, a valoração probatória delas deve levar em consideração a variável complexa que é a memória (LOPES JR., 2014, p. 497).

O reconhecimento por foto deve ocorrer nos casos em que o suspeito não tenha sido preso – situação em que se deve proceder ao reconhecimento pessoal – e deve ser feito de modo não sugestível, com fotografias do mesmo tamanho e coloridas (BESSNER, 1983, p. 334).

Na XX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual Penal, realizadas em 2006, na Espanha, discutiu-se o caso brasileiro e concluiu-se que o problema reside no descumprimento do rito previsto para a coleta de provas, o que resulta em um reconhecimento fotográfico precário (FRANÇA, 2012, p. 59).

Cecconello *et al* (2018, p. 1063) destaca que os profissionais que atuam nos procedimentos de reconhecimento não são capacitados cientificamente para tal, o que acarreta em oitivas conduzidas com base na própria experiência. Somado a isso, há o tempo decorrido entre o fato e a entrevista e a possibilidade de repetição da prova.

No tocante à repetição das provas, os autores sustentam que o número de vezes em que a vítima ou testemunha é entrevistada, aliado à ausência de procedimentos adequados, aumenta a chance de a memória original ser modificada, com a perda e distorções das informações (CECCONELLO *et al*, 2018, p. 1063):

Se a vítima identifica o suspeito como perpetrador do ato, esse rosto torna-se atrelado à memória do evento. Assim, a repetição do reconhecimento de um suspeito não resulta em nenhum benefício: uma vez que um suspeito é reconhecido (seja ele inocente ou não), há maior probabilidade que esse mesmo rosto seja identificado em um novo reconhecimento subsequente. Além disto, o procedimento de repetição do reconhecimento de um suspeito pode ter o efeito indesejado de gerar uma maior familiaridade com esse rosto, levando a testemunha a ter, ainda, maior convicção de que está diante do real perpetrador, mesmo que ele não seja. Após múltiplos reconhecimentos, a confiança da testemunha não é resultante da memória original do fato, mas sim da repetição à exposição

do rosto do suspeito, o que pode levar um suspeito inocente a ser reconhecido com alto grau de certeza.

Os americanos chamam o problema relativo à repetição dos reconhecimentos de *mugshot commitment*. Outro processo mental cognitivo que afeta o reconhecimento, quando realizado mais de uma vez, é o *mugshot exposure*. Este acontece quando a testemunha não identifica nenhum suspeito no primeiro reconhecimento fotográfico realizado, mas depois, em outro procedimento de reconhecimento, indica um dos suspeitos que estava presente no primeiro, o que aumenta a probabilidade de um reconhecimento errôneo (DOTSON, 2014, p. 799).

Assim, importa considerar a função (re)cognitiva da persecução penal – partindo de provas, trabalha-se com fatos passados, para que se possa elaborar uma história sobre o crime (GESU, 2014, p. 43) –, de modo a conferir maior controle sobre a prova, assegurando o regime processual democrático, por meio da limitação do poder e da legalidade do ato. Deve o Estado, portanto, impor às suas decisões uma sustentação por meio de elementos empíricos válidos e obtidos de maneira objetiva e racional, a fim de superar o nível de dúvida razoável que, em nosso ordenamento, milita em favor do acusado.

1. 2 RECONHECIMENTO PESSOAL NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a maioria das cortes judiciais utiliza os critérios definidos pela Suprema Corte, no caso *Manson vs. Brathwaite*, em 1977, para avaliar se os reconhecimentos pessoais são confiáveis para serem apresentados ao júri (TRENARY, 2013, p. 1257). São cinco fatores que devem ser levados em consideração: (i) a chance que a testemunha teve de ver o acusado no momento do crime; (ii) o grau de atenção da testemunha; (iii) a precisão da prévia descrição da testemunha em relação ao acusado; (iv) o grau de certeza demonstrado pela testemunha no momento do reconhecimento; e (v) o tempo decorrido entre o crime e o reconhecimento (RABNER, 2012, p. 1253).

Smalarz e Wells (2012, p. 20) ponderam, no entanto, que, à época do caso *Manson vs. Brathwaite*, não havia literatura específica sobre o tema do reconhecimento pessoal. Assim, esses critérios foram estabelecidos

pautados no senso comum da Corte e não são aptos, isoladamente, a definir o grau de confiabilidade do testemunho, principalmente quando envolvidos procedimentos sugestivos na coleta das provas.

Devido a isso, é importante aliar os critérios do caso Manson a outras práticas. Nesse sentido, o *Codes of Practice* determina que, antes de submeter a testemunha/vítima a um reconhecimento pessoal ou fotográfico, é preciso colher a descrição dela em relação ao acusado (como um retrato falado). Só após essa primeira descrição feita pela vítima é que o policial pode levá-la a um reconhecimento pessoal sem, contudo, chamar a atenção dela para algum indivíduo em particular, a fim de evitar, assim, influenciar no reconhecimento (ROBERTS, 1999, p. 251-252).

Assim como no Brasil, a importância dada ao reconhecimento pessoal nos Estados Unidos é grande. Estudos indicam que os jurados americanos creditam muita segurança nas provas testemunhais e nos reconhecimentos pessoais⁸ (MAYER, 1994, p. 818-819). Em uma pesquisa realizada em 2009 pela *CBS News*, apenas 7% dos americanos entrevistados acreditavam que o reconhecimento pessoal era falho, já em 2011, 37% dos cidadãos americanos afirmaram que a declaração isolada de uma testemunha é suficiente para condenar alguém por um crime (ROSE; BECK, 2014, p. 1). Por essa razão, especialistas chamam a atenção da polícia e do judiciário americano à falibilidade dos reconhecimentos pessoais, de modo a assegurar um processo criminal justo (WALSH, 2013, p. 1416).

Uma pesquisa realizada pelo *Innocence Project*⁹ mostrou que erros no reconhecimento pessoal são as maiores causas de condenações errôneas no país, onde mais de 70% das condenações foram revisadas após o teste de DNA (NAUDÉ, 2015, p. 188). Outra pesquisa indica que, em um universo de 261 casos de absolvição após uma condenação

⁸ “As Justice Brennan stated in his dissent in *Watkins v. Sowders*: “[E]yewitness identification evidence has a powerful impact on juries. Juries seem most receptive to do, and not inclined to discredit, testimony of a witness who states that he saw the defendant commit the crime”

⁹ O *Innocence Project* foi criado em 1992, por Peter Neufeld e Barry Scheck, na *Cardozo School of Law* e tem como objetivo reverter condenações errôneas por meio do teste de DNA e, com isso, reformar o sistema de justiça criminal, de modo a prevenir maiores injustiças.

indevida, 75% foram condenações resultantes, no todo ou em parte, de um reconhecimento pessoal falho (CLARK, 2010, p. 1106).

Quanto ao reconhecimento fotográfico, à semelhança do que ocorre com o reconhecimento pessoal, é recomendado que seja mostrado às testemunhas um acervo de, no mínimo, cinco fotos de indivíduos diferentes (sendo quatro de indivíduos sem qualquer relação com o crime), com características semelhantes às do acusado, feita a advertência, contudo, de que é possível o acusado não estar representado nas fotos. Esse procedimento evita a ocorrência de reconhecimentos falhos e suggestionáveis (CONWAY, 2015, p. 81-82), uma vez que a testemunha vai querer identificar alguém entre as fotos demonstradas e, assim, tenderá a indicar aquele que mais se pareça com o suspeito, em vez de falar que não reconhece ninguém (WELLS *et al.*, 1998, p. 613-614). Para isso, nos Estados Unidos, assim como no Reino Unido, existem bibliotecas digitais de faces para *line-ups*, as quais possibilitam a escolha rápida de indivíduos com feições semelhantes às do suspeito (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 180).

Esse último aspecto evidencia uma grande diferença entre o reconhecimento fotográfico realizado nos Estados Unidos e o realizado no Brasil. Enquanto o primeiro conta com um acervo digital de fotos, no Brasil, esse acervo, mesmo quando digital, é composto por fotografias retiradas de bancos de dado policiais e, às vezes, até mesmo de redes sociais, consideradas “fontes abertas” de investigação (FRANÇA, 2012, p. 72).

Outro ponto relevante refere-se à indicação de que os policiais responsáveis pela condução da sessão de reconhecimento não tenham conhecimento de quem é o autor do delito, para que não ocorra qualquer tipo de interferência – voluntária ou involuntária – no reconhecimento realizado pela testemunha ou vítima (FRANÇA, 2012, p. 64). O agente que tenha conhecimento de quem é o suspeito pode ter expectativas quanto ao reconhecimento e gerar estímulos inconscientes, que poderão ser captados pela vítima, que tenderá a querer suprir a expectativa do agente (DOTSON, 2014, p. 796). Os americanos chamam essa condução do reconhecimento de *double-blind procedure*¹⁰ (BROWN; SALOOM, 2013, p. 541).

¹⁰ A tradução seria algo como “procedimento de cegueira mútua”.

Uma vez possibilitada a *double-blind procedure*, recomenda-se que a apresentação dos indivíduos para reconhecimento seja feita de forma individual, de modo que a vítima ou testemunha tenha de olhar para um indivíduo de cada vez. Essa técnica aumenta a precisão dos reconhecimentos e deve ser utilizada apenas quando o agente também não souber quem é o suspeito (BROWN; SALOOM, 2013, p. 541).

É imperioso, ainda, que o *line-up* – a apresentação dos indivíduos para o reconhecimento – seja feito de modo não sugestivo, sem chamar atenção para uma pessoa em específico. Assim, deve-se apresentar à vítima/testemunha indivíduos com características semelhantes entre si e que se enquadrem na descrição do acusado. Um *line-up* sugestivo aumenta drasticamente as chances de reconhecimentos equivocados (SMALARZ; WELLS, 2012, p. 16).

Há, nos Estados Unidos, ainda, uma linha de atuação que foca na parte judicial (*trial*) do processo. Como meio de evitar que reconhecimentos inadequados sejam utilizados para fundamentar decisões, a autoridade judicial deve usar o próprio poder para excluir do julgamento qualquer reconhecimento que seja considerado “fraco”. Somado a isso, deve-se lançar mão do conhecimento de especialistas em testemunhos para instruir os jurados sobre os perigos do reconhecimento pessoal e dos fatores que podem comprometer a validade (LEVERICK, 2016, p. 561-562).

Desse modo, reconhecendo a falibilidade da prova testemunhal, o sistema de justiça dos Estados Unidos criou diversas linhas de atuação, para tentar resolver o problema. Nesse sentido, a Suprema Corte afirmou que a Quinta e a Sexta Emendas da Constituição dos Estados Unidos conferem ao acusado determinadas garantias contra procedimentos de reconhecimento sugestionáveis¹¹.

É possível concluir que, assim como no Brasil, a prova testemunhal – em especial o reconhecimento pessoal e fotográfico – também representa um problema no sistema de justiça norte-americano. Tal realidade se dá devido ao fato de que testemunhas e vítimas, enquanto seres

¹¹ SHEEHAN, Christian. Making the jurors the experts: the case for eyewitness identification jury instructions. *Boston College Law Review*, Newton Centre, v. 52, p. 653, 2011.

humanos, são suscetíveis aos mesmos tipos de influência e de falibilidade em qualquer parte do mundo.

A diferença reside, contudo, no tratamento dado em cada país. Enquanto, no Brasil, a jurisprudência diverge de uma boa parte da doutrina e aceita a “informalidade” no ato do reconhecimento, nos Estados Unidos, gradualmente, passou-se a adotar medidas que visam à produção de provas de forma mais confiável, o que diminui a interferência de fatores que lesam o reconhecimento, os quais serão analisados no próximo tópico.

2 A PSICOLOGIA JUDICIÁRIA E A PROVA TESTEMUNHAL: FATORES QUE INFLUENCIAM NA FALIBILIDADE DO TESTEMUNHO

Neste tópico, serão abordados os fatores que influenciam a qualidade do reconhecimento pessoal e fotográfico, os quais interferem na qualidade e na confiabilidade da prova coletada nas fases investigativa e judicial.

Compreender os fenômenos que envolvem a memória se faz importante para o processo penal, visto que, no processo, por meio de uma atividade cognitiva, faz-se uma retrospectiva do passado. Essa retrospectiva é impulsionada pelas partes, que se utilizam das provas para reconstruir, no presente, o delito ocorrido no passado (GESU, 2014, p. 130). Uma das maiores barreiras que essa reconstrução enfrenta são as chamadas falsas memórias.

Damásio (1994, p. 128-129) pontua que imagens, pessoas, palavras e frases com as quais nos deparamos durante nossa vida não são armazenadas em nossa memória em forma de fotografias, e sim como “reconstruções momentâneas, tentativas de réplica, de padrões que já foram experienciados, nas quais a probabilidade de se obter uma réplica exata é baixa (...)”.

As falsas memórias resultam da sugestibilidade da memória, representam a incorporação e a recordação de informações falsas que o indivíduo lembra como sendo verdadeiras (STEIN, 2010, p. 23). As falsas memórias podem ser classificadas em espontâneas e sugeridas. O primeiro tipo resulta de distorções endógenas (autossugeridas), as quais são frutos do próprio funcionamento da memória. As falsas memórias sugeridas, por sua vez, são provenientes da sugestão de falsa informação

externa ao sujeito e posterior ao evento ocorrido, a qual passa a incorporar a memória original (*ibid*, 2010, p. 25).

No mesmo sentido, Elizabeth Loftus (1976, p. 97) constatou, por meio de pesquisas, que a memória é formada por múltiplas fontes, desde a percepção original do evento até informações e conhecimentos adquiridos antes e após o fato. É possível concluir, dessa maneira, que a informação errônea possui a capacidade de se incorporar às nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados de maneira evocativa e até quando nos é mostrada uma reportagem sobre um evento que nós mesmos vivemos.

A tendência humana, diante de um delito, é a de guardar apenas a emoção do momento e deixar no esquecimento a memória cognitiva, responsável pelos detalhes técnicos e despida de contaminação (emocional, subjetiva) (LOPES JR.; GESU, 2008, p. 102). Estudos indicam que, apesar de termos mais facilidade de recordar eventos emocionais, essa lembrança também pode vir acompanhada de falsas memórias, ou seja, o fato de lembrarmos mais não significa que tais lembranças estejam imunes à distorção (STEIN *et al*, 2010, p. 88).

Desse modo, sobre a ocorrência de falsas memórias no processo penal, Cristina Di Gesu (2014, p. 312) defende que um dos grandes problemas da prova reside na contaminação da reconstrução de fatos passados, diretamente relacionada ao modo de colheita da prova. A percepção de determinado evento está eivada de interpretações subjetivas, e, ao tentar recuperar os fragmentos da memória, utilizamos mecanismos disponíveis que, por sua vez, podem ser imaginados, reais e até mesmo sugestionáveis.

Um recorrente exemplo de sugestionabilidade é a influência da mídia. O cenário imposto pela mídia, por meio de matérias veiculadas na televisão, pode confundir a testemunha sobre aquilo que ela, de fato, presenciou no momento do delito com o que leu ou ouviu posteriormente (GESU, 2014, p. 186). Nota-se que o discurso da criminologia midiática, embora seja, muitas vezes, “equivocado, punitivista e seletivo” (DIAS *et al*, 2013, p. 396), é aceito com facilidade pela população, que enxerga na punição “exemplar” a solução para a criminalidade na sociedade.

A doutrina trabalha com muitos exemplos nos quais a falsa memória influenciou atos de reconhecimento e testemunho judiciais. Um interessante caso a ser citado é o do norte-americano Unabomber.

Terrorista conhecido por enviar, via postal, bombas a universidades e a departamentos nos Estados Unidos, Ted Kaczynski foi flagrado por uma mulher que sobreviveu a um de seus atentados. Ao fornecer detalhes sobre a aparência dele para um artista de retrato falado, a testemunha descreveu determinadas fisionomias, de fato muito parecidas com as de Kaczynski. Anos depois, no entanto, ao ser chamada para realizar um novo retrato falado, a mulher, inconscientemente, descreveu características diferentes da do primeiro retrato falado e, coincidentemente, muito semelhantes às do artista responsável pelo primeiro retrato falado¹².

O supracitado exemplo enquadra-se muito bem no caso da sugestionabilidade, definido como a sugestão de informações falsas apresentadas a sujeitos, deliberadamente ou não, passando a integrar parte da experiência real vivenciada (STEIN *et al*, 2010, p. 167), resultando, destarte, na fragilidade do testemunho coletado.

Outro exemplo de sugestionabilidade refere-se a um procedimento adotado no Brasil, no qual se mostra um álbum de fotografias à vítima ou testemunha, antes que se realize um reconhecimento pessoal. A apresentação de um grande número de rostos sobrecarrega o processo cognitivo e reduz a capacidade de reconhecer corretamente o criminoso (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 177).

Quanto ao reconhecimento fotográfico, Cristina Di Gesu (2014, p. 133) defende:

A vítima ou testemunha certamente não identificará o imputado se não o conhece, já que a imagem deste não estará guardada em sua memória. Todavia, se for induzido por uma fotografia, no ato de reconhecimento propriamente dito, talvez se recorde não da pessoa envolvida no delito, mas sim daquela que lhe foi mostrada no álbum.

A literatura confirma o posicionamento da autora. Elizabeth Loftus (1976, p. 93) narra a história de um cobrador de trem, vítima de

¹² GETZ, Dana. *Who was the unabomber sketch artist? 'Manhunt Unabomber' claims there was more than one*. Disponível em: <<https://www.bustle.com/p/who-was-the-unabomber-sketch-artist-manhunt-unabomber-claims-there-was-more-than-one-78167>>. Acesso em: maio 2018.

um crime com arma de fogo. No momento do reconhecimento, a vítima indicou um marinheiro como o culpado pelo delito. O marinheiro, no entanto, tinha um álibi seguro e foi solto. Ao questionar a vítima sobre o reconhecimento falho que havia feito, ela afirmou que o marinheiro lhe parecia familiar e, por essa razão, indicou ele como o suspeito. Ocorre que, a base de trabalho do marinheiro era próxima à estação de trem e ele havia, em outras três ocasiões, comprado passagens com a vítima. Trata-se do fenômeno chamado de *unconscious transference*¹³.

Soma-se a isso o fato de que as pessoas costumam ter dificuldade em diferenciar indivíduos de grupos étnicos diferentes do seu, ou seja, pessoas brancas teriam menos facilidade em reconhecer um indivíduo negro específico quando este estivesse inserido em um grupo composto por apenas pessoas negras, do mesmo gênero¹⁴. Estudos indicam que, embora ocorram erros em reconhecimentos entre indivíduos da mesma raça (uma pessoa branca reconhecendo outra pessoa branca, ou uma pessoa negra reconhecendo outra pessoa negra), a margem de erro é muito maior quando se trata de reconhecimentos entre pessoas de raças diferentes (*cross-racial*) (GEE, 2009, p. 100).

Sobre o tema, pesquisas sobre o chamado *Other Race Effect (ORE)* indicam que a falta de contato inter-racial resulta em indivíduos que desenvolvem mais capacidade de distinção e reconhecimento entre indivíduos da mesma etnia (HUGENBERG *et al*, 2010, p. 5). Há dados que indicam que pelo menos 49% das condenações errôneas envolveram um reconhecimento *cross-racial*. Estudos descobriram que mais de dois terços dos reconhecimentos pessoais errados, em crimes sexuais, envolviam acusados negros e, desses, 72% eram com vítimas brancas (LEVERICK, 2016, p. 561).

Stebly (2015, p. 1104) sustenta que há, assim como a dificuldade de reconhecimento *cross-racial*, outros dois fatores que podem resultar em deficiências no procedimento de reconhecimento e que merecem atenção. O primeiro exemplo dado é o medo da testemunha ou vítima no

¹³ Transferência inconsciente, em tradução literal.

¹⁴ BENSON, Christopher. *The problem with eyewitness identification*. Disponível em: <<http://www.chicagoreporter.com/problem-eyewitness-identification/>>. Acesso em: nov. 2019.

momento do delito. O temor é passível de diminuir a qualidade da memória, uma vez que o efeito *fight or flight*¹⁵, resposta fisiológica à ameaça, centra toda a energia e os esforços no objetivo de sobrevivência, e não no de retenção de memórias. Assim, como já citado, a emoção do evento permanece, mas os detalhes técnicos são perdidos (*ibid*, 2015, p. 1105).

Uma pesquisa feita por Tim Valentine e Jan Mesout (2009, p. 159) concluiu que o reconhecimento pessoal foi significativamente prejudicado pelo alto nível de *stress* da vítima/testemunha. Apenas 17% dos indivíduos com a taxa de *stress* acima da média conseguiram identificar corretamente uma pessoa, no contexto de um álbum de fotografias com nove fotos diferentes. Já as pessoas que ficaram abaixo da média na escala do *stress*, 75% foram capazes de indicar corretamente o “culpado”.

O segundo exemplo trazido por Steblay (2015, p. 1105) é o chamado *weapon focus effect*. Basicamente, diz respeito ao efeito da arma no momento do crime, ou seja, a vítima voltará a atenção para a arma e deixará de lado as características físicas do autor do delito. Nesse ponto, pesquisas mostram que a presença da arma reduz a precisão dos reconhecimentos posteriores.

Outro fator que merece ser levado em consideração é o da coautoria ou participação. Um estudo realizado no Reino Unido, com 72 (setenta e dois) participantes, entre homens e mulheres, indicou que a testemunha ocular de um crime que envolva mais de um indivíduo tem dificuldades em diferenciá-los, uma vez que a memória tem origem comum (HOBSON; WILCOCK, 2011, p. 295). Isso não apenas dificulta o reconhecimento de cada um dos envolvidos, como também a indicação individualizada da participação de cada um.

Todos esses estudos que vêm sendo realizados sobre a memória e sobre a influência dela nos atos de reconhecimento levaram os pesquisadores a afirmar que as lembranças que possuímos sobre nosso passado não são um retrato fiel dos fatos (STEIN *et al*, 2010, p. 101).

Isso ocorre em razão do processo de formação da memória: a codificação. Todos os elementos a que a vítima é exposta durante o fato são interpretados pelo cérebro e podem vir a integrar a sua memória. A capacidade de atenção do ser humano, no entanto, é limitada, o que

¹⁵ Lutar ou fugir, em tradução literal.

torna impossível a missão de codificar todos os estímulos que ocorrem no ambiente (CECCONELLO *et al*, 2018, p. 1060).

Desse modo, cresce a relevância de pesquisas no campo, assim como a adaptação dos procedimentos de reconhecimento, levando em considerações todos os fatores já abordados, que implicam na falibilidade do testemunho. Todo esse cuidado tem como objetivo a melhora do sistema de justiça criminal, de modo a evitar a violação a preceitos básicos, como o *in dubio pro reo* e o reforço à Teoria do Etiquetamento, conforme veremos no próximo capítulo.

3 TEORIA DO ETIQUETAMENTO E O *IN DUBIO PRO REO*

O estudo das falsas memórias e dos fatores que implicam no reconhecimento pessoal é essencial para se entender o seu efeito na seletividade penal que ocorre no Brasil. Essa seletividade reflete a relação social de poder, a qual encampa a noção de que a população marginalizada representa a “clientela” do sistema penal (MAZONI; FACHIN, 2012, p. 5).

O conceito de seletividade tem origem na Teoria do *Labelling Approach*, ou Etiquetamento. Para essa teoria, as relações sociais e de controle de poder influenciam a seleção das condutas a serem criminalizadas e a reação social destinada a cada uma delas; aqueles que transgredirem essas “normas” sociais são considerados *outsiders*¹⁶ (BECKER, 1997, p. 1).

A Teoria do *Labelling Approach*, afirmam Mazoni e Fachin (2012, p. 7), inaugura a chamada Criminologia Crítica, a qual pretende, com base no conflito de classes e de relações sociais, compreender a criminalização, enquanto relacionada aos processos de estratificação e de antagonismos estruturais.

Nesse passo, sociólogos perceberam que taxar alguém como “desviante” não é resultado automático do cometimento de um ato desviante. O que ocorre é que tal etiquetamento é resultado de uma interação entre o ator e a sociedade na qual se insere, o que permite que a mesma ação seja classificada como desviante quando cometida por um indivíduo e não classificada quando cometida por outro ator (MARSHALL; PURDY, 1972, p. 541).

¹⁶ Por *outsiders*, pode-se entender desviantes, marginalizados.

Destarte, o *Labelling Approach* procura demonstrar a relevância da reação social para o delito. Em outras palavras, a forma como os rótulos e os estereótipos de uma sociedade influenciam as decisões dos órgãos do Judiciário em relação ao delito. Para Ávila (2013, p. 185), o delito é uma construção social, a qual exige uma ação e uma posterior reação social negativa; assim, o delinquente não é o que pratica um crime, mas aquele que recebe a etiqueta de delinquente.

A seletividade aqui definida tem reflexo na própria população carcerária. Em dezembro de 2019, mais de 62% da população prisional não possuía Ensino Médio e menos de 1% tinha graduação (INFOPEN, 2019). O mesmo levantamento indica que cerca de 60% da população carcerária é composta por homens e mulheres de pele negra ou parda, contrastando com, aproximadamente, 28% de brancos e 0,7% de amarelos. Percebe-se, assim, que, das mais de 740.000 pessoas encarceradas em dezembro de 2019, a maioria pertence a classes menos favorecidas da sociedade, a julgar pelo nível de escolaridade.

Sobre essa predominância, Baratta (2003, p. 4) pontua que, embora os dados, geralmente, mostrem a prevalência de indivíduos dos estratos mais baixos da sociedade encarcerados, os comportamentos socialmente negativos não lhe são próprios. Os desvios ocorrem em todos os níveis da sociedade e “as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes (...)”.

No mesmo sentido, Zaffaroni (2013, p. 205) complementa que essa realidade demonstra como o sistema penal operacionaliza uma atuação seletiva, baseada nos estigmas já estabelecidos: homens, jovens, das classes mais carentes.

O aumento da população carcerária, assim, deve-se mais a uma política de repressão e de criminalização da pobreza do que a uma política apta a diminuir as ocorrências criminais (MONTEIRO; CARDOSO, 2013, p. 101).

Oscar Mellim Filho (2009, p. 95), nessa toada, conclui que o comportamento considerado criminoso, portanto, é fruto de uma construção social, de uma ação em desconformidade com as expectativas de determinado grupo social. Ao interpretar condutas, os aplicadores do direito e a sociedade criam o desvio e a etiqueta, com base em fatores, como a natureza do ato, suas circunstâncias, a classe social

a que pertence o agente e o nível de tolerância em relação à conduta considerada infracional.

Ainda sobre a seletividade do sistema penal, cumpre trazer à baila a análise de Eugenio Raúl Zaffaroni (2013, p. 176), disposta em sua obra “A Questão Criminal”:

Desde a segunda metade do século passado, fica claro para a criminologia que o poder punitivo, com sua seletividade estrutural, criminaliza umas poucas pessoas e as usa para projetar-se como neutralizador da maldade social. Apresenta-se com o poder racional que encerra a irracionalidade em prisões e manicômios. Assim enfeitado, canaliza as pulsões de vingança, o que lhe proporciona uma formidável eficácia política, que não se aplica por circunstâncias conjunturais, pois se mantém inalterada ao longo da história do poder punitivo estatal e mesmo pré-estatal.

Percebe-se, assim, o fenômeno da criminalização primária. Trata-se do processo legislativo de criminalização de condutas e cominação de penas. Nesta, instrumentaliza-se o controle das classes menos favorecidas, tendo como referencial a manutenção do *status quo* das classes dominantes (MARTINI, 2007, p. 46).

Na criminalização primária, o sistema punitivo estatal elege condutas para rotular de criminosas, excluindo outros comportamentos, ainda que de maior periculosidade social. Essa escolha possui feição notadamente ideológica e traz para a regulação da vida social os valores e as concepções do legislador, em uma evidente seletividade, na qual, geralmente, se pune com maior rigor os delitos típicos das classes mais baixas (MOREIRA, 2010, p. 10).

Em um segundo momento, e de especial relevância para o presente estudo, tem-se a chamada criminalização secundária. Operada por todos os agentes públicos que participam da persecução penal, em qualquer das suas fases, tal criminalização ocorre “por meio de posturas desiguais, burocratizadas e estigmatizantes, reduzindo a capacidade de ação e de comunicação do suposto delinquente no íterim do processo criminal” (MAZONI *et al*, 2012, p. 7). Trata-se da concretização do *jus puniendi* do Estado.

A criminalização secundária é a fase na qual o Direito Penal revela o caráter eminentemente seletivo. Para Baratta (2003, p. 4), o

funcionamento da justiça penal está dirigido, quase exclusivamente, contra as classes mais baixas da sociedade. É no processo que se lida com as pessoas, “onde se enxergam seus olhos e peles (...), e onde as seletividades ganham chancela oficial *in loco*” (DIVAN, 2017, p. 22).

Exemplo dessa criminalização é o procedimento do reconhecimento fotográfico. As fotografias apresentadas à vítima/testemunha fazem parte do portfólio da autoridade policial, com imagens de indivíduos com maus antecedentes (GESU, 2014, p. 300). Esses álbuns de fotografias contam com fotos de suspeitos, de presos e de indiciados pelo delito cometido, divididos pela região onde atuam, pelo grupo criminoso do qual fazem parte, entre outros critérios, de modo a facilitar a identificação de ações criminosas (FRANÇA, 2012, p. 72).

Assim, a apresentação delas à pessoa da qual se pretende extrair o reconhecimento pode representar um reforço à já mencionada Teoria do Etiquetamento, uma vez que estudos demonstram que a memória e as crenças sociais atuam, junta e implicitamente, no modo de agir do indivíduo que, por sua vez, expressa tais preconcepções de forma involuntária (SCHACTER *et al.*, 2001, p. 139).

Erving Goffman (1963, p. 47) assevera que, em determinadas situações, o *status* social de um indivíduo pode ser utilizado como fonte de informações acerca de sua própria identidade, próximo ao que, no Brasil, chamamos de “me diga com quem tu andas que eu te direi quem tu és”. Assim, colocar um portfólio de “fichados” em frente à vítima tem o condão de influenciar no reconhecimento e de reforçar o estigma perante aqueles indivíduos com histórico de desvio.

Goffman (1963, p. 19) ainda apresenta o conceito de estigma como sendo um desacordo entre a identidade real (características que o indivíduo atribui a si mesmo) e a identidade virtual (imagem construída por outro sujeito). Importa destacar, no entanto, que ser etiquetado como desviante influencia não apenas na imagem do indivíduo em relação à sociedade, mas também na autoimagem, “pois o rótulo pode produzir uma ‘profecia autorrealizadora’” (ÁVILA, 2013, p. 190).

Em razão do estigma que certas características e condições impõem ao indivíduo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 11, a qual determina que a utilização de algemas só é lícita em casos excepcionais, sob pena de responsabilização da autoridade. No mesmo

sentido, encontra-se o Decreto n. 8.858/2016, o qual regulamentou o art. 199 da Lei de Execução Penal, no tocante ao uso de algemas. Além de garantir o princípio da presunção de inocência, a limitação ao uso de algemas tem o condão de evitar o reconhecimento falho: se o suspeito é colocado algemado diante da vítima, há uma maior probabilidade de falso reconhecimento do que se ele for apresentado em uma sala e trajando roupas neutras (CECCONELLO; STEIN, 2020, p. 176).

Nesse problema também recai a abordagem policial. Para Martini (2007, p. 46), as forças policiais abordarão com mais facilidade as pessoas que se enquadram no estereótipo de potencial criminoso, estabelecido pelo senso comum, qual seja, negros, mendigos, homossexuais, profissionais do sexo “e, fundamentalmente, os despossuídos”.

Ressalta-se que não é só a polícia que integra esse quadro. A mídia também toma parte nesse processo. O discurso midiático se legitima na sociedade ao criar uma distinção entre o “nós” e os “criminosos”, uma linha imaginária entre as pessoas “boas” e as “más” (DIAS *et al*, 2013, p. 393), ou, até mesmo, entre os “cidadãos” e os “desviantes”.

Esse abismo social representa um campo fácil para internalizar a publicidade midiática de um “eles inimigo”, composto por pobres, imigrantes e adolescentes de bairros precários (ZAFFARONI, 2013, p. 109). A justiça penal, e sua maior severidade com criminosos negros, expressa a desigualdade de direitos que compromete o funcionamento e a consolidação da democracia na sociedade brasileira (MONTEIRO; CARDOSO, 2013, p. 107).

Embora não tratem de reconhecimentos pessoais, duas pesquisas fornecem interessantes exemplos do funcionamento do viés social. Na primeira, foi mostrada a uma testemunha uma imagem, com dois homens – um branco e outro negro – em uma discussão acalorada. O homem branco estava segurando uma lâmina. Quando solicitadas a recordar a imagem, um percentual significativo das testemunhas afirmou que a lâmina estava na mão do homem negro. O estudo provê elementos que nos indicam que a maneira como vemos e percebemos determinado evento depende de nossas crenças, formadas muito antes do fato (GROSS, 1999, p. 315).

Já na segunda pesquisa foram mostradas quatro histórias, todas com uma foto de um mesmo homem afro-americano. As histórias eram

sobre (1) um professor universitário; (2) um jogador de basquete; (3) um crime não violento; (4) um crime violento. Após ver as fotos e ler as histórias, foi pedido aos participantes que reconstruíssem a foto do homem de cada história, escolhendo, dentre as opções, as características faciais. As histórias envolvendo crimes, principalmente a do crime violento, foram as que obtiveram mais características faciais “tipicamente” afro-americanas (MOURER, 2008, p. 56). Por essa razão, Thompson (2008, p. 1493) assevera que, depender da prova testemunhal para atingir a condenação, muitas vezes, envolve um elemento de discriminação racial.

Para Goffman (1963, p. 139), o estigma daqueles com “ficha suja”, de determinadas religiões, raças e grupos étnicos, pode funcionar como uma forma de controle social, ao remover essas minorias de vários campos de competição e ao diminuir o campo de atuação da justiça criminal.

Nessa toada, um estudo, intitulado *Hidden deviance and the Labelling Approach: the case for drinking and driving*, concluiu que a questão étnico-racial é um fator determinante para a condenação nos Estados Unidos, independentemente do grau do desvio (reiteração/seriedade ou *status* socioeconômico). Em outras palavras, negros e latino-americanos têm mais chances de condenação, pouco influenciando, para isso, a gravidade do desvio praticado (MARSHALL; PURDY, 1972, p. 550).

Exemplo disso é que, nos Estados Unidos, as prisões, que representam o 3º maior empregador, têm como “clientes naturais” os negros, os latinos, os com baixa renda familiar e os condenados por crimes, em sua maioria, de drogas e contra o patrimônio. Situação semelhante ao que ocorre no Brasil (MONTEIRO; CARDOSO, 2013, p. 104).

Esses dados reforçam o defendido pela Teoria do Etiquetamento. Um dos critérios para a reação estatal é o reflexo da realidade social e do antagonismo das classes dominantes em relação aos indivíduos marginalizados e etiquetados como delinquentes (MAZONI; FACHIN, 2012, p. 8). Assim, o sistema penal não tem como função combater o crime em sociedade, mas atribuir rótulos de delinquentes àqueles indivíduos já considerados marginalizados.

Considerando toda a problemática envolvendo o reconhecimento pessoal, existem propostas legislativas que visam à melhor redação e regulamentação do art. 226 do Código de Processo Penal. O Projeto de Lei

n. 3.300, de 2019¹⁷, prevê a necessidade de perfilar cinco indivíduos com características semelhantes às do acusado, além de estabelecer a necessidade de que a autoridade informe à pessoa que fará o reconhecimento de que o suspeito pode não estar incluído entre as pessoas ou fotografias apresentadas. Somado a isso, o PL ainda acrescenta que a autoridade responsável pela condução do reconhecimento não poderá influenciar no ato. Percebe-se, assim, o interesse em adequar a legislação processual penal aos estudos sobre falsas memórias e falibilidade do testemunho.

É possível depreender, de todo o exposto, que os depoimentos testemunhais são considerados de grande importância para a resolução de casos. Por outro lado, a maioria das práticas adotadas no procedimento de coleta de depoimentos e de reconhecimentos pessoais é passível de produzir evidências potencialmente distorcidas ou imprecisas, as quais serão utilizadas pelo Judiciário para condenar ou absolver alguém (STEIN; ÁVILA, 2018, p. 48).

Aliado a essa deficiência técnica, está o inconsciente coletivo acerca do etiquetamento daqueles considerados “marginalizados”. Preconceitos e estigmas exercem forte influência no momento do reconhecimento pessoal e tendem a ser potencializados quando não observados os procedimentos adequados, o que resulta em verdadeira afronta ao *in dubio pro reo*, uma vez que serão mais facilmente identificados aqueles que “têm cara de bandido”. A atual legislação processual penal, embora já preveja critérios para o reconhecimento, é insuficiente diante de todos os fatores que influenciam na qualidade do testemunho. Assim, aplicar a literatura estrangeira e nacional sobre a matéria ao processo legislativo proporcionaria uma legislação processual penal atualizada e adequada aos ditames do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto no presente trabalho, é possível perceber a importância da aplicação dos requisitos do art. 226 do Código de Processo

¹⁷ Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137160>>. Acesso em: 12 maio 2020.

Penal como meio de assegurar as garantias constitucionais e evitar decisões que violam o *in dubio pro reo* e outros princípios igualmente importantes na efetivação do devido processo legal.

A prova testemunhal, da qual se destacam os reconhecimentos pessoais e fotográficos, sofre influência de variados fatores, que devem ser levados em consideração no momento de admissibilidade e valoração da prova.

Estudos indicam a ocorrência de múltiplos fatores responsáveis pela deturpação da memória e do reconhecimento. Cita-se, a título de exemplo, as falsas memórias, o reconhecimento *cross-racial*, o *stress* no momento do delito, o decurso de tempo entre o fato e o reconhecimento. A própria condução inadequada do reconhecimento pode sugestionar a memória da vítima e levá-la a indicar a pessoa errada como responsável pelo delito investigado.

Ademais, os preconceitos sociais são fatores determinantes no momento de etiquetamento do desvio e do desviante. Desse modo, cabe ao sistema de justiça a missão de, considerando as concepções sociais, descobrir meios de evitar o reforço à seletividade do sistema, o qual tem como “clientela” indivíduos negros, jovens e pertencentes às classes menos favorecidas.

Nesse passo, cumpre frisar que o regramento brasileiro atual, embora preveja mecanismos que, ao serem seguidos, diminuem a falibilidade do testemunho, ainda é incipiente quando confrontado com a vasta pesquisa nacional e estrangeira sobre o assunto. Assim, alterações legislativas, como a pretendida pelo PL n. 3300, de 2019, seriam capazes de aumentar a confiança na prova testemunhal e conferir-lhe validade.

Verifica-se, no entanto, que, não obstante a larga gama de estudos que versam sobre a matéria concordarem acerca da importância de se respeitar critérios adequados para o reconhecimento, a jurisprudência dominante no Brasil caminha na contramão das pesquisas, no âmbito da psicologia judiciária, ao aceitar os incisos do art. 226 do Código de Processo Penal como meras recomendações.

Nos Estados Unidos, embora não haja uniformidade relativa ao tratamento da matéria, as cortes vêm, cada vez mais, relativizando a prova testemunhal e exigindo determinados procedimentos no momento da coleta do testemunho, com o objetivo de diminuir a falibilidade e lhe conferir maior segurança.

Assim, é possível concluir que as práticas costumeiras, a necessidade de celeridade processual e a vontade de resolver casos em nome da tutela jurisdicional não devem sobrepujar a atenção aos princípios norteadores do processo penal. A busca pela verdade real reside na utilização dos meios adequados para a efetivação do direito não apenas da vítima, como também do sujeito que se encontra no polo passivo da ação penal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Tradução Francisco Bissoli Filho, 2003. *Doctrina Penal*, Argentina, ano 10, n. 87, p. 623-650, 1987.

BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1997.

BENSON, Christopher. *The problem with eyewitness identification*. Disponível em: <<http://www.chicagoreporter.com/problem-eyewitness-identification/>>. Acesso em: nov. 2019.

BESSNER, Ronda. Eyewitness identification in Canada. *Criminal Law Quarterly*, Canada, v. 25, p. 313-347, 1982-1983.

BRIGHAM, John C. The applications of eyewitness identification research to the courtroom. *Journal of Community Psychology*, v. 14, n. 3, p. 241-252, 1986. [https://doi.org/10.1002/1520-6629\(198607\)14:3<241::aid-jcop2290140303>3.0.co;2-5](https://doi.org/10.1002/1520-6629(198607)14:3<241::aid-jcop2290140303>3.0.co;2-5)

BROWN, Rebecca; SALOOM, Stephen. The imperative of eyewitness identification reform and the role of police leadership. *University of Baltimore Law Review*, Baltimore, v. 42, p. 535-560, 2013.

CALIFORNIA INNOCENCE PROJECT. *Eyewitness identification*. Disponível em: <<https://californiainnocenceproject.org/issues-we-face/eyewitness-identification/>>. Acesso em: nov. 2019.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5312>

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances em Psicologia Latinoamericana*, Bogotá, v. 38, n. 1, p. 172-188, 2020. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>

CLARK, Steven E. Blackstone and the balance of eyewitness identification evidence. *Albany Law Review*, Albany, v. 74, n. 3, p. 1105-1156, 2010.

CONWAY, Sara. A new era of eyewitness identification law: putting eyewitness testimony on trial. *New England Law Review*, Boston, v. 50, p. 81-118, 2015.

DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012.

DIAS, Fábio Freitas; DIAS, Felipe da Veiga; MENDONÇA, Tábata Cassenote. Criminologia mediática e a seletividade do sistema penal. In: *Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede*, 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-7.pdf>>. Acesso em: nov. 2019.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Editorial dossiê “Criminologia e Processo Penal”: O processo penal das misérias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, n. 128, p. 17-25, fev. 2017.

DOTSON, Jared T. The linchpin of identification evidence: the unreliability of eyewitnesses and the need for reform in West Virginia. *West Virginia Law Review*, Morgantown, v. 117, p. 775-829, 2014.

FRANÇA, Rafael Francisco. Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada. *Revista Brasileira de Ciências Policiais*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul./dez. 2012. <https://doi.org/10.31412/rbcp.v3i2.58>

GEE, Harvey. Cross-racial eyewitness identification, jury instructions and justice. *Rutgers Race & Law Review*, Newark, v. 11, p. 70-118, 2009.

GESU, Cristina Di. *Prova penal e falsas memórias*. 2 ed. amp. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

GETZ, Dana. *Who was the unabomber sketch artist? ‘Manhunt: Unabomber’ claims there was more than one*. Disponível em: <<https://www.bustle.com/p/who-was-the-unabomber-sketch-artist-manhunt-unabomber-claims-there-was-more-than-one-78167>>. Acesso em: nov. 2019.

GOFFMAN, Erving. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*. Englewood Cliffs: Prentice Hall Inc., 1963.

GROSS, William David. The unfortunate faith: a solution to the unwarranted reliance upon eyewitness testimony. *Texas Wesleyan Law Review*, Fort Worth, v. 5, p. 307- 331, 1999.

HANDBERG, Roger B. Expert testimony on eyewitness identification: a new pair of glasses for the jury. *American Criminal Law Review*, Washington, DC, v. 32, p. 1013-1064, 1995.

HOBSON, Zoe J.; WILCOCK, Rachel. Eyewitness identification of multiple perpetrators. *International Journal of Police Science & Management*, London, v. 13, n. 4, p. 286-296, 2011. <https://doi.org/10.1350/ijps.2011.13.4.253>

HUGENBERG, Kurt; YOUNG, Steven G.; BERNSTEIN, Michael J.; SACCO, Donald F. The categorization-individuation model: an integrative account of the other race recognition deficit. *Psychological Review*, Miami, v. 117, p. 1168-1187, 2010. <https://doi.org/10.1037/a0020463>

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Brasília, 2019.

LEVERICK, Fiona. Jury instructions on eyewitness identification evidence: a re-Evaluation. *Creighton Law Review*, Omaha, v. 49, p. 555-588, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOFTUS, Elizabeth F. Unconscious transference in eyewitness identification. *Law and Psychology Review*, Tuscaloosa, v. 2, p. 93-98, 1976.

LOPES JR., Aury; GESU, Cristina Carla Di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 59-69, 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALPASS, Roy S.; DEVINE, Patricia G. Guided memory in eyewitness identification. *Journal of Applied Psychology*, Plattsburgh, v. 66, n. 3, p. 343-350, 1981. <https://doi.org/10.1037/0021-9010.66.3.343>

MARSHALL, Harvey; PURDY, Ross. Hidden deviance and the labelling approach: the case for drinking and driving. *Oxford University Press*, Oxford, v. 19, n. 4, p. 541-553, 1972. <https://doi.org/10.1525/sp.1972.19.4.03a00100>

MARTINI, Márcia. A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes perigosas. *MPMG Jurídico*, Minas Gerais, ano III, n. 11, p. 45-47, out./nov. 2007.

MAYER, Connie. Due process challenges to eyewitness identification based on pretrial photographic arrays. *Pace Law Review*, New York, v. 13, n. 3, p. 815-861, 1994.

MAZONI, Ana Paula de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, p. 3-18, jan./abr. 2012. <https://doi.org/10.5433/1980-511.2012v7n1p3>

MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal*. Tese de Doutorado em Ciências Sociais – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 93-117, 2013. <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2013.1.12592>

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Notas sobre a seletividade do sistema penal. *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granberry*, Juiz de Fora, v. 8, p. 1-16, 2010.

MOURER, Sarah Anne. Reforming eyewitness identification procedures under the fourth amendment. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, Durham, v. 3, p. 49-90, 2008.

NAUDE, Bobby. Ensuring Procedurally Fair Identification Parades in South Africa. *South African Journal of Criminal Justice*, Cape Town, v. 28, p. 188-203, 2015.

NORTON, Jerry E. recent appellate court decisions on eyewitness identification. *Public Interest Law Reporter*, Chicago, v. 11, p. 1-43, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RABNER, Stuart. Evaluating eyewitness identification evidence in the 21st century. *New York University Law Review*, New York, v. 87, n. 5, p. 1249-1272, 2012.

ROBERTS, Andrew. Eyewitness identification: scene of crime confrontations - The need for a more cautious approach. *The Journal of Criminal Law*, Cambridge, v. 63, n. 3, p. 251-262, 1999. <https://doi.org/10.1177/002201839906300305>

ROSE, Chris; BECK, Victoria. Eyewitness accounts: false facts, false memories and false identification. *Journal of Crime and Justice*, Oshkosh, v. 39, n. 2, p. 243-263, 2016. <https://doi.org/10.1080/0735648x.2014.940999>

SCHACTER, Daniel L.; SCARRY, Elaine; MATHER, Mara. Memory, brain and belief. *The American Journal of Psychology*, Chicago, v. 114, n. 3, p. 473. <https://doi.org/10.2307/1423692>

SHEEHAN, Christian. Making the jurors the experts: the case for eyewitness identification jury instructions. *Boston College Law Review*, Newton Centre, v. 52, p. 651-693, 2011.

SMALARZ, Laura; WELLS, Gary L. Eyewitness-identification evidence: scientific advances and the new burden on trial judges. *Court Review*, Williamsburg, v. 48, n. 1-2, p. 14-21, 2012.

STEBLAY, Nancy K. Scientific advances in eyewitness identification evidence. *William Mitchell Law Review*, Saint Paul, v. 41, n. 3, p. 1090-1128, 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas forenses e reconhecimento pessoal nos processos de criminalização: um diagnóstico brasileiro. Brasília: IPEA. *Boletim de Análise Político-Institucional*, n. 17, p. 45-51, 2018.

THOMPSON, Sandra Guerra. Beyond a reasonable doubt – Reconsidering uncorroborated eyewitness identification testimony. *University of California, Davis*, v. 41, p. 1487-1545, 2008.

TORTORA, Jason. Reconsidering the standards of admission for prior bad acts evidence in light of research on false memories and witness preparation. *Fordham Urban Law Journal*, New York, v. 40, p. 1493-1537, 2013.

TRENARY, Amy D. State v. Henderson: A model for admitting eyewitness identification testimony. *The University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 84, n. 4, p. 1257-1303, 2013.

VALENTINE, Tim; MESOUT, Jan. Eyewitness identification under stress in the London dungeon. *Applied Cognitive Psychology*, v. 23, n. 2, p. 151-161, 2009. <https://doi.org/10.1002/acp.1463>

WALSH, Dana. The dangers of eyewitness identification: a call for greater state involvement to ensure fundamental fairness. *Boston College Law Review*, Newton Centre, Symposium Issue, v. 54, p. 1415-1453, 2013.

WELLS, Gary L.; SMALL, Mark; PENROD, Steven; MALPASS, Roy S.; FULE-RO, Solomon M.; BRIMACOMBE, C.A.E. Eyewitness identification procedures:

recommendations for lineups and photospreads. *Law and Human Behavior*, Washington, DC, v. 22, n. 6, 1998. <https://doi.org/10.1023/a:1025750605807>

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): Agradeço aos meus professores da Universidade de Brasília e do Instituto Brasiliense de Direito Público, sem os quais eu não teria condições críticas e teóricas de iniciar uma discussão sobre o tema, seja por falta de embasamento ou até mesmo por ausência de material para pesquisa.

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

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

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

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 27/01/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 04/03/2020
- Avaliação 1: 19/03/2020
- Avaliação 2: 24/03/2020
- Avaliação 3: 25/03/2020
- Decisão editorial preliminar e deslocamento V6N3: 28/04/2020
- Retorno rodada de correções: 22/05/2020
- Decisão editorial final: 08/06/2020

Equipe editorial envolvida

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

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

MAGALHÃES, Marina Trindade. O reconhecimento pessoal e a psicologia judiciária: falibilidade do testemunho como reforço do etiquetamento e violação ao *in dubio pro reo*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1699-1731, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.339>



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

Execução Penal

Criminal Execution

Obstáculos en la activación de derechos en el marco de la defensa penitenciaria chilena¹

*Obstacles to the mobilization of rights
in cases of prisoner defense in Chile*

Jörg Alfred Stippel²

Universidad Autónoma de Chile – Santiago/Chile

jorg.stippel@uautonoma.cl

 <http://orcid.org/0000-0002-8465-7020>

Paula Carolina Medina³

Universidad Central de Chile – Santiago/Chile

pmedinag@ucentral.cl

 <http://orcid.org/0000-0001-8356-3025>

Rodrigo Lillo⁴

Universidad Central de Chile – Santiago/Chile

rodrigoillovera@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0001-8763-7386>

-
- ¹ El desarrollo de la parte empírica de este trabajo fue financiado por el Fondo Interno de Investigación I+D 2016, Código CIP16018. Universidad Central de Chile.
 - ² Doctor en Derecho de la Universidad de Bremen, Alemania. Investigador de la Universidad Autónoma de Chile.
 - ³ Psicóloga, Universidad de Chile; Magíster en Criminología, Universidad Central de Chile; y Magíster en Métodos de Investigación Social, Universidad Diego Portales (en proceso de titulación). Es también Diplomada en Metodologías Cualitativas de Investigación Social, Universidad Diego Portales y tiene un Postítulo en Justicia, derechos y políticas públicas para la infancia y adolescencia, por la misma universidad. Actualmente se desempeña como docente, investigadora y directora del Magíster en Criminología y Justicia Penal, de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Central.
 - ⁴ Magíster en Criminología y Justicia Penal (Universidad Central de Chile); Abogado Defensoría Penal Pública; Santiago de Chile.

RESUMEN: Al cumplirse una década del inicio de la Defensa Penitenciaria chilena, el artículo indaga sobre factores institucionales que pueden incidir en la activación de los derechos de los condenados privados de libertad. Nos preguntamos ¿si la atención que brinda la Defensa Penitenciaria es un fiel reflejo de la demanda de defensa expresada por las personas condenadas, o si responde a decisiones de política institucional de la Defensa Penal Pública que perfilan o dan forma a dicha demanda? En esta oportunidad, queremos identificar factores institucionales que inciden en la selectividad y en la activación de derechos. Partimos nuestro análisis indagando ¿qué atención existe en general, y específicamente en materia de violaciones a los derechos constitucionales y humanos causados por las condiciones de reclusión y la violencia intracarcelaria? Para el estudio recurrimos a información cuantitativa (análisis de estadísticas de la Defensa Penitenciaria) y cualitativa (entrevistas a actores claves). Constatamos que factores asociados a la estructura y a directrices organizacionales, como también a la práctica profesional de los defensores penitenciarios, coadyuvan para que las materias que atiende la Defensa Penitenciaria, terminen siendo un fiel reflejo de los indicadores y estándares predeterminados por la Defensoría Penal Pública, prestando menos importancia a situaciones como maltrato, tortura, violencia intracarcelaria y condiciones de vida inhumanas. Esta selectividad en la activación de derechos de los condenados atenta contra sus garantías constitucionales y, por ende, contra los objetivos institucionales de la propia Defensa Penitenciaria.

PALABRAS CLAVES: Defensa penitenciaria; activación de derechos; ejecución penal; acceso a la justicia; defensa pública.

ABSTRACT: *A decade ago, the Chilean Public Defense started a program of prison litigation. This article investigates institutional factors that may have an impact on the mobilization of the rights of persons deprived of their liberty. We wonder if the attention provided by the public service mirrors faithfully the demand for defense expressed by convicted persons, or if it responds to institutional policy decisions taken by the Public Defense office that outline or shape such demand? We are looking for institutional factors that determine the selectivity and activation of rights inside prisons. Our analysis starts describing the general public defense services provided to convicted prisoners, paying special attention to violations of constitutional and human rights caused by prison conditions and intra-prison violence. For our analysis,*

we used quantitative (statistics of the Prisoner Defense) and qualitative information (interviews with key actors). We found that factors associated with the organizational structure, as well as the professional practice of prison defenders, contribute to the fact that the matters handled by the Public Defense end up mirroring the indicators and standards predetermined by the Public Service, giving less importance to situations such as mistreatment, torture, intra-prison violence and inhumane living conditions. We conclude that this selectivity in mobilizing the rights of convicted prisoners violates their constitutional guarantees and, therefore, the institutional objectives of the Prison Defense Service itself.

KEYWORDS: *public defense in prison affairs; mobilization of rights; inmate litigation; access to justice; public defense.*

SUMARIO: Introducción. 1. Activación de derechos en el ámbito penitenciario. 2. Estudios previos sobre defensa penitenciaria. 3. Resultados del estudio. 3.1. Metodología. 3.2. Estructura organizacional de la Defensa Penitenciaria. 3.2.1. Equipo de atención y cobertura. 3.2.2. Funciones del defensor penitenciario y del coordinador regional. 3.3. Funcionamiento de la Defensa Penitenciaria: demanda y oferta de atención. 3.3.1. Solicitudes de atención y accesibilidad a los servicios de la DP. 3.3.2. Selección y asignación del defensor. 3.3.3. Cantidad de requerimientos. 3.3.4. Tipo de requerimientos. 3.3.5. Cumplimiento de requisitos. 4. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Hasta la época de la instalación del sistema procesal acusatorio en Chile (2000 a 2005)⁵ no se concebía el ámbito penitenciario como propio de la jurisdicción. A pesar de varias iniciativas, que surgieron durante (1995) y después (2005) de la implementación de lo que iba a ser la “gran

⁵ Para un análisis de los desafíos pendientes de implementación de la reforma procesal penal en Chile, véase: ARELLANO, Jaime (Dir.) *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. Santiago de Chile: CEJA JSCA, 2015.

reforma de la justicia”, ningún intento de generar una ley de ejecución de la pena prosperó.⁶ Como reflejo de lo anterior, la preocupación por la situación de los condenados (especialmente los privados de libertad), sólo vino a manifestarse –de modo incipiente– en la Defensoría Penal hacia el año 2007, cuando el Defensor Nacional⁷ instruyó acerca de la obligación de los defensores de visitar a los condenados privados de libertad.⁸ Dos años más tarde (2009), surge la Defensa Penitenciaria chilena en una región del país y a partir de un programa piloto de la Defensoría Penal Pública.⁹ Tras otros dos años (2011) se pone en marcha el Modelo de Defensa Penitenciaria.¹⁰ Para ello, se externaliza el servicio de defensa a través de licitaciones.¹¹ A su vez, se elabora un programa de implementación gradual del servicio, ampliando la atención ese año a dos regiones más.¹² Cinco años más tarde (2016) se termina de instalar la Defensa Penitenciaria (en adelante DP) en todo el país.

⁶ STIPPEL analiza los distintos esfuerzos de modificación reglamentaria y de elaboración de una Ley de Ejecución de Penas en Chile. Véase: STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2013, pp. 29 y ss.

⁷ Eduardo Sepúlveda ocupaba ese cargo desde abril 2006 a marzo 2008.

⁸ Oficio del DN N° 315 de 17 de agosto de 2007 “Instruye sobre nuevas normas relativas a visitas de imputados condenados privados de libertad”.

⁹ Chile tiene un total de 16 regiones. El programa comenzó en la Región de Coquimbo. Al inicio se financió con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) durante 9 meses. Con recursos propios de la Defensoría Penal Pública se logró financiar hasta un año y medio más del programa. Para una descripción detallada de los orígenes del proyecto, ver: SALINERO, M. Alicia. Programa de Defensa Penitenciaria: Una contribución al acceso a la justicia, *Revista Debates Penitenciarios*, CESC, Santiago, N° 19, pp. 3-22, 2014. https://www.cesc.uchile.cl/debates_penitenciarios_19.pdf Acceso en: 27 en. 2019.

¹⁰ Resolución Exenta N° 2103, del 01 de julio de 2011. Aprueba Modelo de Defensa Penal Pública Penitenciaria.

¹¹ El sistema de licitaciones se aplica a la defensa general en Chile desde el 2004. La Ley N° 19.718 del año 2000, que crea la Defensoría Penal Pública, estableció un sistema de defensa mixto: un grupo de defensores institucionales, con régimen laboral de funcionarios públicos (de planta o a contrata) y otro grupo de defensores licitados, que se vinculan a la institución mediante un contrato de prestación de servicio seleccionado por un proceso de licitación pública al cuál postulan empresas prestadoras.

¹² La Región del Biobío y la Región Metropolitana Sur.

En el 2017, con la aprobación del “Manual de Actuaciones Mínimas para la Defensa Penitenciaria” (en adelante, MAM)¹³, la Defensoría Penal Pública buscó estandarizar la oferta en materia penitenciaria. La finalidad declarada de la normativa interna es “garantizar una defensa penal de calidad”.¹⁴ El MAM establece las tareas que deben desarrollar los defensores penitenciarios y el “mínimo esperado de un defensor en dichas actuaciones”.¹⁵ Recientemente (2019), se formuló la “Política de la Defensoría Penal Pública (en adelante, DPP) para la prestación de Defensa Penitenciaria”.¹⁶

Desde sus inicios, el objetivo principal de la DP ha sido “contribuir a mejorar la aplicación de las garantías constitucionales y el acceso a la justicia de los condenados privados de libertad”.¹⁷

Al cumplirse una década del inicio de la DP chilena, nos interesa indagar –desde un enfoque sociojurídico- el rol que esta ha jugado en la activación de derechos en materia penitenciaria, es decir, en la posibilidad de hacer uso efectivo de un derecho y de emplear las instancias correspondientes para ello.

Siguiendo a Blankenburg, partimos de la idea que la activación¹⁸ de derechos depende de la interacción de la oferta de derechos y de la demanda de su ejercicio.¹⁹ El autor ubicaría a la Defensa Penitenciaria en el lado de “la oferta”. Es desde esa perspectiva que nos proponemos estudiar el acceso a la justicia de las personas privadas de libertad.²⁰

¹³ Resolución Exenta N° 219, del 29 de mayo de 2017, del actual Defensor Nacional, Andrés Mahnke M.

¹⁴ Considerando 7, de la Resolución Exenta N° 219, del 29 de mayo de 2017.

¹⁵ Presentación del MAM, Resolución Exenta N° 219, del 29 de mayo de 2017.

¹⁶ Resolución Exenta N° 356, del 17 de octubre de 2019.

¹⁷ Resolución Exenta N° 2103, del 01 de julio de 2011. Aprueba Modelo de Defensa Penal Pública Penitenciaria.

¹⁸ BLANKENBURG habla de “Mobilisierung des Rechts”, la traducción literal sería “movilización del derechos”. Sin embargo, optamos por traducir el término como “activación” pues refleja de mejor forma el concepto empleado. Véase punto 2 del artículo.

¹⁹ BLANKENBURG, Erhard. *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*. Heidelberg: Springer Verlag. 1995, pp. 27 y 36.

²⁰ FUCITO explica que “el tema del acceso a la justicia, desde el punto de vista sociológico, deriva de la confrontación entre las expectativas que surgen de

Nos interesa saber ¿si la atención que brinda la Defensa Penitenciaria refleja sólo la demanda de defensa expresada por las personas condenadas, o si responde a decisiones de política institucional de la Defensa Penal Pública? Si fuese así, queremos identificar estos factores para entender cómo inciden en la práctica en la activación de los derechos de los condenados(as).

Nuestra hipótesis es que existe una selectividad en la activación de derechos, que se explica no sólo por la demanda de defensa por parte de los condenados, sino fundamentalmente por decisiones de política institucional de la DPP que perfilan o dan forma a dicha demanda. Entendemos que la DP debe ampliar las posibilidades de actuación y así de activación de derechos de las personas privadas de libertad. A su vez partimos del supuesto que la decisión misma sobre si se activa o no un derecho, siempre debería depender del sujeto interesado y afectado, en este caso, del condenado(a).

Para ello, indagamos en las materias que constituyen el fondo de las solicitudes de atención (la demanda). Luego analizamos algunos factores institucionales que podrían estar incidiendo en el tipo y magnitud de dicha demanda, vinculados con directrices institucionales de la DPP, la estructura organizacional de la DP y la práctica de atención de los defensores penitenciarios.

En nuestro análisis no nos detenemos en las deficiencias de la oferta a nivel normativo²¹, como la falta de una Ley de Ejecución de Penas.²²

la ley y las condiciones reales de tal acceso, y de la supuesta defensa”. Argumenta que “las posibilidades desiguales para litigar constituyen un tema que interesa a toda la sociología jurídica, en cuanto muestra una ruptura entre la declaración formal de un derecho y su alcance real”. FUCITO, Felipe. *Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999, p. 287 y ss.

²¹ Coincidimos con la afirmación de BOVINO, al señalar que la cárcel nunca ha sido un “espacio sin ley”, sino un ámbito de inobservancia generalizada de la misma. BOVINO, Alberto. Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos. *Revista Jurídica*, N° 17, pp. 1-23, 2004. p. 1. Disponible en: <https://www.revistajuridicaonline.com/2004/01/el-control-judicial-de-la-privacion-de-libertad-y-derechos-humanos/> Acceso en: 27 en. 2019.

²² Para un análisis sobre el tema, véase: STIPPEL, Jörg. *Cárcel, derecho y política*. Santiago: LOM Ediciones, 2013, pp. 29 y ss.

Ni profundizamos sobre aspectos de la cultura jurídica chilena.²³ Tampoco analizamos en detalle problemas en la generación de la “demanda” de derechos y servicios jurídicos, que depende –entre otros- de la percepción que tienen los condenados de sus derechos y de la posibilidad real de su activación. Muchas personas privadas de libertad no activan sus derechos pues temen sufrir represalias, porque normalizan situaciones de vulneración o porque desconfían de la efectividad de los mecanismos legales. Ello impacta en la percepción subjetiva de la utilidad del derecho como mecanismo de resolución de conflictos, teniendo como resultado una demanda baja.²⁴

En la primera parte de este artículo, desarrollamos algunos planteamientos teóricos sobre la concepción de la activación de derechos y los factores involucrados. En la segunda parte, revisamos estudios previos sobre el tema a nivel nacional. A partir de estos, enmarcamos el análisis empírico que realizamos en la tercera parte. Allí exponemos la metodología y los resultados de investigación. Concluimos nuestro trabajo con los principales hallazgos y algunas recomendaciones de política criminal.

²³ PÉREZ-PERDOMO explica que: “La noción de cultura jurídica requiere situar la comprensión del derecho en su contexto social y político, admitiendo que una parte importante de ese contexto está conformada por los valores, actitudes y opiniones de las personas en relación con el derecho”. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Versión escrita de la conferencia pronunciada por el galardonado al recibir el Premio Internacional de Investigación en Derecho “Héctor Fix-Zamudio” 2014. “El derecho comparado y la comparación de culturas jurídicas. Una perspectiva latinoamericana”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, N° 146, pp. 477-504, 2016, Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/537> Acceso en: 27 en. 2019, p. 492.

²⁴ FUCITO, Felipe argumenta que “las regularidades que aparecen en la investigación empírica son claras en cuanto a que la litigiosidad decrece con el nivel económico, por ignorancia del derecho, por la alienación del mundo jurídico que sufren las clases bajas, que las desalienta a iniciar acciones aun cuando crean que han sido vulnerados sus derechos reconocidos, así como una difusa sensación de temor y represalias por hacerlo”. Véase FUCITO, Felipe. *Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999, p. 289. También STIPPEL, Jörg. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*. Santiago: LOM Ediciones, 2006, pp. 190-192.

1. ACTIVACIÓN DE DERECHOS EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

Cuando nos referiremos a la activación de derechos, aludimos al ejercicio de los mismos y al empleo de las instancias correspondientes para ello. Para nuestro análisis nos apoyamos en las ideas de Blankenburg. El sociólogo alemán argumenta que la activación de los derechos depende de factores asociados tanto a la oferta como a la demanda. Del lado de la “oferta”, el autor sitúa a las normas jurídicas, que definen las situaciones problemáticas o conflictos sobre los cuales se pueden presentar reclamos.²⁵ También forman parte de la oferta las instituciones y servicios de asistencia jurídica que viabilizan dichas reclamaciones. Por el lado de la “demanda”, se encuentra la percepción (o conciencia de derechos) de las personas afectadas y sus expectativas respecto a la posibilidad real de su reclamación.

Blankenburg afirma que se requiere de actores para convertir un problema o conflicto social en un problema legal. Existe entonces una interacción de la oferta de derechos y de la demanda de su ejercicio.²⁶ A su vez argumenta, que para que la oferta de derechos sea efectiva, debe ser posible movilizarla de facto.²⁷

²⁵ Legalmente la persona privada de libertad “se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres” (Art. 2 del Reglamento Penitenciario, DS 518). Mañalich entiende esta regla como “una especificación del alcance del principio de legalidad de la sanción penal, en términos de una exigencia de su ejecución con estricta sujeción a ley: *nulla poena sine lege stricta*”. MAÑALICH, Juan Pablo. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. *Revista Derecho y Humanidades*, n. 18, pp. 163-178, 2011. Por su parte, HORVITZ explica que “Tratándose de la regulación de los derechos constitucionales de los reclusos, no afectados directamente por la pena, se impone el principio de reserva de ley y su tutela efectiva a través de un órgano jurisdiccional exclusivo, dadas las condiciones de encierro de los titulares de tales derechos y la necesidad de mecanismos expeditos de protección, especialmente frente a abusos de la propia administración penitenciaria.” HORVITZ, M. Inés. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? *Revista Política Criminal*, Santiago de Chile, v. 13, n 26, pp. 904-951, 2018. p. 925.

²⁶ BLANKENBURG, Erhard. Op. cit. pp. 27 y 36.

²⁷ *Ibidem*, p. 30.

Sabemos que, si una persona decide activar sus derechos desde la cárcel, enfrenta múltiples obstáculos.²⁸ Debido a la situación de encierro, es obvio que no puede dirigirse a una oficina de abogados para pedir apoyo. Tampoco puede simplemente llamar a un defensor, pues existen restricciones legales o arbitrarias que dificultan el acceso a un teléfono. En consecuencia, las personas privadas de libertad muchas veces dependen de terceros mensajeros, familiares o funcionarios del sistema penitenciario.²⁹ Tienen que confiar en que ellos les ayuden en la activación de sus derechos.

Blankenburg señala, que la demanda por asesoramiento jurídico para determinadas situaciones problemáticas, no es independiente de la oferta de asesoramiento jurídico que exista. Por el contrario, esta demanda se desencadena justo por la oferta definida por las instituciones de asesoramiento. Blankenburg se refiere en su análisis a instituciones en Inglaterra (law centers), Holanda (rechtswinkels) y Estados Unidos (neighborhood legal services). Estas instituciones prestan asesoramiento jurídico en materias relacionadas al arriendo de viviendas y otros temas, principalmente a personas de escasos recursos. El sociólogo resalta que la labor de estas organizaciones siempre está subsidiada. Por ello, sus decisiones respecto a aceptar o no un caso, no son en base a los honorarios que esto generaría, sino en función de la evaluación de si el caso entra en la categoría de asuntos que ellos apoyan. No se guían únicamente por las necesidades no satisfechas, sino que establecen sus propios criterios para lo que consideran necesidades importantes.³⁰

En otro trabajo, Blankenburg y Bruinsma explican que las partes y sus abogados invocan a los tribunales y por lo tanto determinan su carga laboral (input). En base a ello el poder judicial produce los resultados (output). Pero los abogados también buscan alternativas al litigio. Evalúan las posibilidades de éxito de su cliente, los costos, la capacidad de los tribunales y el tiempo que toman los procedimientos. A menudo estos

²⁸ Esto ocurre en general, pero será más relevante si se trata de derechos de los cuales no se ha hecho cargo la institución y/o respecto de los que no existe una adecuada regulación jurídica.

²⁹ STIPPEL muestra que, entre el 2000 y 2002, la mayor parte de los recursos de protección y amparo en favor de personas privadas de libertad, fueron presentados por familiares de estas (56,6%). STIPPEL, Jörg. Op. cit. p. 201.

³⁰ BLANKENBURG, Erhard. Op. cit. pp. 28 a 30

factores inducen a los abogados y a sus clientes a buscar foros alternativos de resolución de conflictos. En este sentido, concluyen que la oferta de tribunales rápidos y accesibles, y la demanda de derechos (litigios) son mutuamente dependientes.³¹ Mientras más rápidos y accesibles sean los tribunales, más derechos se van a activar por esta vía.³² Los autores afirman, por lo tanto, que los códigos de derecho no determinan lo que hacen los abogados, pues entre la legislación y su aplicación se encuentra la profesión jurídica que ejerce su propio poder de definir lo que debe ser válido en la ley.³³ En adelante vamos a ver hasta qué punto los planteamientos de estos autores tienen su reflejo en la práctica de la Defensa Penitenciaria chilena.

2. ESTUDIOS PREVIOS SOBRE DEFENSA PENITENCIARIA

En Chile, uno de los primeros estudios que analiza el tema de la defensa penitenciaria desde la perspectiva de la activación de derechos, fue desarrollado por Stippel en 2006. Demuestra que, luego de implementada la Reforma Procesal Penal en Chile (2000-2005), los defensores públicos habían conseguido logros principalmente “respecto a los imputados, dejando relegada la protección de los condenados”.³⁴

Un trabajo más reciente de Libedinsky analiza la Defensa Penitenciaria chilena desde una perspectiva de gestión. Ella sugiere mejorar la coordinación entre las distintas instituciones involucradas. Argumenta que “al estar el tema penitenciario muy sujeto a la discrecionalidad de

³¹ BLANKENBURG, Erhard y BRUINSMA, Freek. The role of courts in the Netherlands and Germany- Dutch Legal Culture Compared. En: GESSNER Volkmar; HOELAND Armin y VARGA Csaba (Eds.). *European Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth, pp. 344 a 352, 1996, p. 346.

³² FEEST también describe como la creación de una judicatura especializada en ejecución de penas lleva a una “explosión de la demanda de derechos en materia penitenciaria en Alemania”. Véase: FEEST, Johannes. Elaboración y contenido de la ley penitenciaria y su impacto en el sistema penitenciario alemán. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Santiago de Chile, N° 7. Gendarmería de Chile/UNICRIM, pp. 17 – 28, 2005. p. 18.

³³ BLANKENBURG, Erhard y BRUINSMA, Freek. Op. cit. p. 345.

³⁴ STIPPEL, Jörg. Op. cit. p. 258.

Gendarmería³⁵, solo por medio de coordinaciones entre esta institución y la DPP, se pueden establecer determinados protocolos de trabajo y de operación que permitan implementar este programa de manera exitosa”.³⁶ También se refiere a la labor de la defensa licitada. Sugiere que deben “generarse mecanismos que permitan a la Defensoría controlar la labor de los abogados, no solo en base a la información que ellos mismos otorgan, sino también en relación a la información que puedan generar las mismas Defensorías Regionales, los usuarios del Programa de DP, así como el Poder Judicial y Gendarmería”.³⁷

Aparte de estas investigaciones, la DPP ha encargado varias auditorías externas. Un informe de la Universidad de Chile (2017) analiza el Programa de Licitaciones de Defensa Penal Pública, y en particular evalúa la DP. Afirma que “la naturaleza de la defensa penitenciaria es en esencia menos regular que la defensa general, por cuánto su demanda rara vez es espontánea”.³⁸ Otra auditoría más reciente analizó las actuaciones mínimas de la DP (2019). El objetivo fue determinar el nivel de cumplimiento de los estándares de defensa técnica consignados en el MAM, por el equipo de defensa penitenciaria en siete Defensorías Regionales del país. Encontraron que, a nivel nacional, el 73,2% (año 2018) de los requerimientos tramitados

³⁵ Gendarmería de Chile es la institución a cargo de la administración de los recintos penitenciarios.

³⁶ LIBEDINSKY, Sofía. Rediseño del Modelo de Defensa Penitenciaria para Adultos Privados de Libertad en el nuevo Sistema Procesal Penal. *Revista Estudios de Políticas Públicas*, Vol. 1, pp. 226-245, 2016. pp. 242 y ss. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/292347188_Redisenodel_modelode_defensa_penitenciaria_para_adultos_privados_de_libertaden_el_nuevo_sistema_procesal_penal Acceso en: 15 agosto, 2019.

³⁷ *Ibidem*, p. 244.

³⁸ CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS. Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile. Evaluación del Programa de Licitaciones de Defensa Penal Pública de la Defensoría Penal Pública. Informe Final. 2017. Disponible en: <http://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/2018/07/DIPRES-DPP-Informe-Final.pdf>

Acceso en: 20 agosto, 2019. Encontraron que, entre 2014 y 2016, “en promedio, los defensores penitenciarios tendrían 10 audiencias al mes, 39 estudios de requerimientos y registrarían actividades 59 veces al mes”, p. 70. En cuanto al salario, calculan que la hora de atención por defensa penitenciaria tiene un precio promedio de \$18.055 pesos chilenos (USD 23 aproximadamente), pp. 72 y ss. y tabla 39.

por los defensores penitenciarios puede clasificarse como administrativos, siendo los restantes de tipo judicial.³⁹

Vemos que, en los últimos años, el derecho penitenciario y la protección jurídica de las personas privadas de libertad ha ganado mayor espacio en la academia chilena. Existen artículos⁴⁰ y libros que se dedican a la temática carcelaria.⁴¹ Otras publicaciones analizan la evolución histórica del sistema penitenciario chileno⁴² y algunos la

³⁹ CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD. Instituto de Sociología de la P. Universidad Católica de Chile (2019). Auditoría Externa de Actuaciones Mínimas para la Defensa Penitenciaria 2018-2019. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/efb3ac4f6a04a85caa2d0e898bf28f05.pdf> Acceso en: 16 ago. 2019, p. 27. No obstante, relativizan el resultado, pues “hay algunos requerimientos que pueden ser considerados tanto administrativos como judiciales, dependiendo del momento y de las gestiones vinculadas. Estiman, que por esto “la descripción realizada de los requerimientos según estas categorías puede ser poco clara o explicativa de lo que realmente se está haciendo en la práctica de defensa penitenciaria”, p. 28.

⁴⁰ Aquí podemos mencionar los artículos de HORVITZ, M. Inés. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? *Revista Política Criminal*, Santiago de Chile, v. 13, n 26, pp. 904-951, 2018 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200904>; CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco. El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad. *Revista Ius et Praxis*, año 19, n. 2, pp. 385 – 418, 2013. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art12.pdf> Acceso en: 16 jun. 2020; CASTRO, Álvaro. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 14, pp. 35-54, 2018. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/49161/54183/> Acceso en: 16 jun. 2020.

⁴¹ Entre ellos: FERNÁNDEZ, Marco Antonio. Derecho penitenciario chileno. Problemas en torno a su naturaleza jurídica. Santiago de Chile: Hammurabi, 2019; CESANO, José. *Derecho Penitenciario: Aproximación a sus Fundamentos*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009; CONTESSE, Javier y CONTRERAS, Lautaro (eds.). *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2019; CALDERÓN, Rodrigo. *Delincuencia, Políticas de estado y derechos humanos-a propósito de la cuestión penitenciaria en Chile*. Santiago de Chile; RIL Editores, 2015; LEÓN, Marco Antonio. *Encierro y Corrección. La Configuración de un Sistema de Prisiones en Chile (1800 - 1911)* Tomo II. y III. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2003.

⁴² Aquí destacan los trabajos de LEÓN, Marco Antonio. *Encierro y Corrección. La Configuración de un Sistema de Prisiones en Chile (1800 - 1911)* Tomo II. y III.

protección jurídica en las cárceles chilenas.⁴³ Sin embargo, aún faltan estudios sobre la activación de derechos en el contexto de la defensa penitenciaria.

3. RESULTADOS DEL ESTUDIO

3.1. METODOLOGÍA

En nuestro trabajo, utilizamos una metodología de tipo mixta: cuantitativa y cualitativa. Los datos cuantitativos provienen de la base de datos (Sistema Informático de Gestión de Defensa Penal, en adelante SIGDP) de la DPP.⁴⁴ Todos los defensores penitenciarios están obligados a registrar sus actuaciones dentro de plazos pre-establecidos en esta base.⁴⁵ Los datos fueron sometidos a un análisis descriptivo, a través del cálculo de frecuencias, porcentajes y promedios. A partir de ello se elaboraron las respectivas tablas de contingencia para mostrar los resultados. La información cualitativa proviene de entrevistas semiestructuradas realizadas a actores claves.⁴⁶ El contexto

Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2003.

⁴³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual 2012. Disponible en: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/12/Inf-Anual-INDH12-WEB.pdf> p. 98; Acceso en: 28 de junio de 2020; STIPPEL, Jörg. Cárcel, derecho y política. Santiago: LOM Ediciones, 2013, GÓMEZ, Gastón. Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2005; KENDALL, Stephan. *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2010.

⁴⁴ Obtenida en base a un Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre la Universidad Central de Chile y la Defensoría Penal Pública, 05 de enero de 2017.

⁴⁵ Estudios previos han mostrado que la calidad de registro de la información varía. La P. Universidad Católica encontró que “los datos de los requerimientos y sus gestiones están en promedio menos presentes en las carpetas (30,1%) que en el SIGDP (59,7%), mostrando que la plataforma digital suele ser un mejor mecanismo para hacer el seguimiento de los avances del requerimiento”. Tabla N° 32, p. 66.

⁴⁶ Se entrevistó a Alicia Salinero, primera Coordinadora Nacional del Programa de Defensa Penitenciaria (2009 al 2013). También a 4 defensores penitenciarios de la Región Metropolitana. Todos firmaron un consentimiento

del análisis de los datos, lo constituyen las distintas resoluciones internas de la DPP.

3.2. ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA DEFENSA PENITENCIARIA

Nos interesa saber cómo la estructura organizacional y la definición de los distintos roles dentro de la DP podría estar incidiendo tanto en la oferta del servicio de defensa, como en la configuración de la propia demanda que recibe.

La atención en materia penitenciaria se realiza a través de un equipo conformado por abogados(as) y trabajadores(as) sociales. Actualmente (2020) a nivel nacional el equipo penitenciario cuenta con 54 defensores, 42 trabajadores sociales, 1 psicóloga y 30 asistentes administrativos. La competencia de los defensores está dada por el recinto penal (y no por el tribunal). Así, los requerimientos de los privados de libertad de una cárcel determinada son tramitados por el mismo equipo, aun cuando deban presentarse en tribunales de otras comunas. Aparte de los defensores penitenciarios, existe a nivel regional la figura del coordinador, sus tareas se encuentran descritas⁴⁷, pero en la práctica –como veremos- no existe claridad acerca de sus funciones.

Si nos detenemos en la información cuantitativa, podemos observar la evolución de la cantidad de personas privadas de libertad atendidas por estos equipos en la siguiente tabla.

informado para garantizar las implicancias éticas de la investigación. Las entrevistas fueron transcritas y sometidas a un análisis de contenido. La investigación contó con la aprobación del Comité de Ética de la Universidad Central de Chile, según consta en carta del 05.12.2016 de parte del Presidente del Comité de Ética, Arturo Millán Fuentes. Proyecto Código CIP16018. Universidad Central de Chile.

⁴⁷ Resolución Exenta N° 2103, del 01 de julio de 2011. Aprueba Modelo de Defensa Penal Pública Penitenciaria.

TABLA N° 1. Evolución del porcentaje de población condenada privada de libertad atendida por la Defensa Penitenciaria⁴⁸

N°/Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018
N° personas privadas de libertad potencialmente beneficiarias de atención	74203	71713	71728	71718	70701	74066
N° personas atendidas	5.943	10.184	12.708	15.611	16.575	18.800
Porcentaje de personas atendidas de la población beneficiaria potencial	8,0	14,2	17,7	21,8	23,4	25,4

Fuente: Elaboración propia en base a datos del SIGDP y Compendios Estadísticos de Gendarmería de Chile, disponibles en: https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas_compendios.html

Vemos que esta cifra se ha ido incrementando sistemáticamente, a la par de la instalación paulatina que tuvo la DP a lo largo del país. Sin embargo, durante los años 2017 y 2018, con la DP ya implementada en todo el país, la cobertura de atención no alcanza ni la tercera parte del total de los posibles usuarios (23,4% en el 2017 y 25,4% en 2018).

Ese nivel de cobertura puede tener varias explicaciones. Por un lado, puede existir un porcentaje de condenados que recurren a los servicios de defensores privados, ya sea por desconfianza en los servicios de la DP, la esperanza de una mejor atención o el desconocimiento de sus servicios. No obstante, considerando la situación socio-económica de la mayoría de los condenados, parece poco probable que este porcentaje pueda ser significativo. Otra explicación que parece más convincente, en base a las entrevistas realizadas a los defensores penitenciarios, es que

⁴⁸ La cifra que refleja con mayor precisión la población potencial usuaria de la DP, corresponde a la población condenada privada de libertad atendida por Gendarmería de Chile, es decir, aquella compuesta por la población vigente al último día del año anterior y el total de ingresos del año correspondiente. Sin contabilizar imputados, detenidos ni procesados por el sistema antiguo. Cabe señalar que esta cifra es mayor que la población penal “vigente” y la población “promedio”, que osciló en el rango de 40.000 a 45.000 personas a nivel nacional en cada uno de esos años.

la cifra es reflejo de una insuficiente cantidad de defensores respecto al número de usuarios potenciales.

Si en los años 2017 y 2018 se contaba con un total a nivel nacional de 55 defensores penitenciarios, esto significa que cada defensor atendió en promedio a 301 personas el 2017 y a 341 el año 2018.⁴⁹

En las entrevistas realizadas, los defensores penitenciarios fueron enfáticos en señalar la gran carga laboral que tienen, así como las diferencias que existen entre los diferentes penales y cómo eso repercute en las posibilidades de atención: “En nuestra cárcel que son casi cinco mil internos⁵⁰, somos siete defensores penitenciarios, o sea, nosotros al final nos reventamos y vulneramos nuestros derechos en protección de los derechos de los condenados, hay un montón de cosas que no se pueden hacer y uno podría hacer un trabajo mucho más profundo, de calidad y mucho más rápido (...) pero el sistema es bien perverso, no lo permite. Somos muy pocos defensores, no hay presupuesto”. (DP 1).⁵¹ Otro de los defensores ratifica esto y alude a las diferencias entre recintos penitenciarios: “Somos tan pocos defensores para tanta población penal que no llegamos a todos, es imposible (...). Pero esta conversación sería súper distinta si tú la tuvieras con la defensora de la cárcel de Talagante⁵², porque es un número de internos muy reducido y sí se puede abarcar a toda la cárcel. Por ejemplo, en Puente Alto⁵³ (...) todas las libertades condicionales la tomaba la DP, todas, ni un defensor privado. En cambio,

⁴⁹ En los años 2017 y 2018 se contaba con 55 defensores penitenciarios, actualmente son 54. Por otra parte, la cantidad de personas atendidas no se distribuye de manera homogénea entre los defensores, ya que algunos centros penitenciarios tienen una población penal significativamente mayor.

⁵⁰ Se refiere al Centro Penitenciario Santiago Sur, conocido como “Ex Penitenciaria”, cuya población penal es de 4.859 personas (diciembre, 2019). Ver: <https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticaspp.html>

⁵¹ Para fines de identificación, utilizaremos las siglas DP (Defensor Penitenciario) y los números respectivos del 1 al 4, según a quién corresponda la cita.

⁵² El Centro Penitenciario de Talagante, tiene una población penal de 230 personas (diciembre, 2019).

⁵³ El Centro Penitenciario de Puente Alto tiene una población penal de 1.207 personas (diciembre, 2019).

en Colina⁵⁴, en Santiago Sur, no daríamos abasto, estaríamos todo el día en la corte”. (DP 4).

Los defensores criticaron también lo que perciben como una falta de claridad acerca de las funciones del coordinador regional. Afirman que “tampoco sabemos qué tiene que hacer el coordinador. No está establecido” (DP 4). Afirman que “no es jefatura y, además, no es un coordinador que sea exclusivo de la DP. Es un coordinador que ve todo” (DP 1). Por ello perciben que es “un problema más estructural, que la Defensoría no ha prestado ni los recursos, ni la importancia a la DP, siempre se ha minimizado, hemos estado ahí en las sombras, no se sabe muy bien lo que hacemos y sobretodo el tema de recursos” (DP 1). Sienten que en muchas materias faltan “directrices que debiesen venir de la regional” (DP 4).

Estas opiniones permiten visibilizar cómo decisiones institucionales (el número de defensores asignados a un centro penitenciario y la falta de directrices desde los coordinadores regionales) impactan en la oferta de servicios jurídicos de defensa. Eso implica también, que existe una demanda desatendida de derechos, cuya activación no es respaldada por el sistema de prestación del servicio de la DP.

3.3. PRÁCTICA DE ATENCIÓN DE LA DEFENSA PENITENCIARIA: DEMANDA Y OFERTA DE ATENCIÓN

A continuación, analizamos el funcionamiento práctico de la DP. Nos interesa saber cómo perfila o da forma a su demanda y así a la activación de derechos.

3.3.1. SOLICITUDES DE ATENCIÓN Y ACCESIBILIDAD A LOS SERVICIOS DE LA DP

La atención del equipo que presta la DP tiene su punto de partida en las solicitudes de atención.⁵⁵ Cuando la solicitud es recibida por el

⁵⁴ En la comuna de Colina hay dos recintos penitenciarios: Colina I, que tiene una población penal de 2.024 personas (diciembre, 2019) y Colina II, con 1.824 personas (diciembre, 2019).

⁵⁵ El MAM las define como “aquellas cuestiones concretas que demandan los internos y que se traducen en solicitudes que realiza el programa de defensa

equipo de la Defensoría, debe ser ingresada al sistema informático a la brevedad posible. En el caso de ser una solicitud escrita, ese ingreso debe efectuarse dentro de las 24 horas posteriores a la recepción.⁵⁶ En base a las cifras registradas en el SIGDP, podemos apreciar que ha existido un incremento sistemático en el tiempo de la cantidad de solicitudes de atención. En el año 2012, estas fueron 4.284; en el 2016 –con la DP instalada en todo el país, la cifra llegó a 16.899 solicitudes de atención.

TABLA N° 2. Evolución de la cantidad de solicitudes de atención

N°/Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
N° de Solicitudes de atención	4.284	6.327	9.687	11.693	16.899	19.451	23.845

Fuente: Elaboración propia en base a datos del SIGDP.

El aumento sostenido en el tiempo se explica, primero, por el proceso de instalación paulatino. Pero también vemos un incremento considerable en el número de solicitudes posterior al año 2016, ya que solo entre el 2017 y el 2018 se observa un 23% de aumento. Eso se podría explicar por el mayor conocimiento de este servicio por parte de los privados de libertad. Sin embargo, pese a este aumento, los defensores identifican una serie de dificultades que afectan la posibilidad de activación de derechos. Afirman que: “Muchas solicitudes llegan cuando uno va a hacer visita carcelaria (...) Los mismos internos se van recomendando,

penitenciaria directamente ante la autoridad administrativa (...) o ante la autoridad judicial”. Sorprende el lenguaje utilizado por el MAM. Si partimos desde los objetivos de la DP, podemos entender que el reclamo de derechos constitucionales y el acceso a la justicia se convierten en “aquellas cuestiones concretas que demandan los internos”. Pero hablar de “cuestiones concretas” no es lo mismo que hablar de derechos subjetivos contra cuya violación se inician acciones legales. A su vez, son los internos los que “demandan”, es la ley que impone los imperativos. Si bien existen también gestiones que no afectan directamente derechos subjetivos, como obtener copias de determinados documentos, la finalidad de su consecución se relaciona a ellos. Véase Capítulo I, numeral 2 e. del MAM.

⁵⁶ Capítulo I, numeral 1 del MAM.

se pasan el dato, nos pasan papeles de sus amigos o también pasa que a uno le va bien con algo y se hace un poquito famoso” (DP 4). También relatan que la forma cómo llegan las solicitudes depende de la unidad penal. En una de ellas (Puente Alto) “uno entrega una lista a un *mozo*⁵⁷, que es como el encargado, y él llama a todos los internos de la torre y por lo general ahí bajan todos”. Sin embargo, hace notar que “de repente se pierden los papeles”. Depende, por ello, “de la proactividad del interno encargado de llamar, de entregar los papeles, del mozo. Si el mozo no quiere hacer su trabajo, uno le entrega el papel, él rompe los papeles y listo, ¿y el interno? ‘no, no quiso salir’” (DP 4). Otra defensora hace notar que en el Centro Santiago Sur “no es fácil que los presos lleguen a dónde nosotros entrevistamos. No es fácil porque son casi cinco mil personas y el único motivo por el cual las personas pueden llegar ahí es porque los llamó un abogado o lo llamó una técnica de clasificación estadística” (DP 3). También reciben solicitudes cuando los presos van al hospital pues “en el hospital tienen ingreso por otro lado y de repente cuando van a enfermería, se arrancan. Ahí los retan y los quieren devolver a punta de golpes y, por lo tanto, de repente muchos internos llegan y te dicen ‘por favor, yo alcancé a pasar ¿puede llamar a tres personas que no alcanzaron a pasar?’” (DP 3). Otro defensor agrega que “los internos mientras más información tienen de cosas que se pueden ir haciendo, como impugnar sanciones o que el procedimiento no se cumplió, cada vez van requiriendo más defensa penitenciaria” (DP 4).

Vemos que la cantidad de solicitudes recibidas por la DP no depende sólo de la necesidad y motivación de los condenados. La accesibilidad a los defensores es clave y no constituye un proceso regular o institucionalizado. Tampoco se observa un entrelazamiento adecuado entre la DP y los procesos institucionales de Gendarmería de Chile. La posibilidad de conseguir apoyo en la activación de derechos queda entregada a la buena voluntad de los funcionarios penitenciarios, a la decisión de otros presos, al acceso a las oficinas de la DP, a las condiciones particulares de cada unidad penal y a la difusión que se realice de la oferta de atención.

⁵⁷ “Mozo” se le denomina en las cárceles chilenas a los internos que colaboran con Gendarmería de Chile en servicios de aseo, alimentación y mantención de los establecimientos penitenciarios.

3.3.2. SELECCIÓN Y ASIGNACIÓN DEL DEFENSOR PENITENCIARIO

Ante la solicitud de atención, un defensor(a) penitenciario tiene que ser asignado(a) al caso. La elección del defensor no es libre. El instructivo correspondiente estipula que la asignación se realiza “por el coordinador de la respectiva empresa” o el Coordinador Regional de la Defensa Pública según criterios de derivación previamente establecidos. El instructivo no contempla normas acerca del derecho de los condenados de elegir a su defensor, ni se establecen mecanismos para resolver posibles conflictos que se puedan generar entre el defendido y su defensor. Si bien la normativa que crea a la Defensoría regula que el imputado puede elegir de la nómina elaborada por la respectiva Defensoría Regional a su defensor⁵⁸, en materia penitenciaria esta decisión, como regla, es tomada por el coordinador de la respectiva empresa licitada. Las bases de licitación tampoco se refieren directamente a la necesaria confianza entre el condenado y su defensor.⁵⁹ Sólo estipulan el deber de “respetar la voluntad del condenado”.⁶⁰ Observamos, además, que se le debería informar al condenado durante la primera entrevista sobre su derecho de solicitar

⁵⁸ Artículos N° 51 y N° 52 de la Ley N° 19.718.

⁵⁹ Respecto al contenido mínimo de la primera entrevista, el MAM tampoco hace referencia a la necesidad de establecer lazos de confianza con el defendido. Solo menciona la posibilidad del condenado de rechazar voluntariamente la primera entrevista (Capítulo I, numeral 2 letra. f.). No da la oportunidad de solicitar que esta se realice con otro defensor. Además, si el condenado rechaza la atención, el MAM le obliga a firmar una constancia (“debiendo el privado de libertad firmar”). Esta además debe contar con la firma del funcionario encargado (Capítulo I, numeral 2 letra. f. del MAM). Si bien es entendible exigir la firma del condenado para tener evidencia que fue él quien rechazó la atención, es difícil imaginar como un defensor le pueda obligar a firmar tal constancia. Vemos como los intereses institucionales se imponen en desmedro de los derechos de los condenados.

⁶⁰ Resolución N° 131, del 30 de septiembre de 2014. Formaliza acuerdo del Consejo de Licitaciones de defensa penal pública; Fija nuevo texto refundido de las bases administrativas y técnicas generales y anexos para la licitación pública del “Servicio de defensa penal de personas condenadas”; y establece lo que indica. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/4827c3e5502e7f8081b0a3c42c03ce67.pdf> Acceso en: 20 marzo, 2020. Punto 8.4.A, letra c., p. 26.

en cualquier momento, con un fundamento plausible, el cambio de su defensor.⁶¹ No obstante, ni la ficha elaborada para la primera entrevista, ni tampoco el MAM⁶² contemplan la necesidad de entrega de esta información. Cabe la duda si esta forma de asignación de defensores garantiza una defensa efectiva.⁶³

Preguntado por el lazo de confianza necesaria entre el defensor y su cliente, un defensor penitenciario opina que “es bien perverso” pues “yo veo al interno como un sujeto de derecho, pero a la vez como un cliente” (DP 1). Describe un problema práctico que surge de ahí explicando que: “Creo que hoy en día cuando un interno, y creo está en todo su derecho, quiere un cambio de abogado, no le gusta, no se genera confianza, no hay *feeling*, cosas de trato, incluso pueden ser cosas de género, un montón de cosas; lo que se hace muchas veces es que ese cambio de abogado se ingresa como un reclamo en la Defensoría y eso significa un costo para el defensor. Entonces creo que es poco escuchado” (DP 1). Afirma que “el interno se ve mucho como un objeto de derechos (...) lo acompaño y lo llevé de la manito (...) es un sistema paternalista, hay poca autonomía, se ve poco la voluntariedad de él y él como un sujeto de derecho” (DP 1).⁶⁴

Entendemos de estas intervenciones, que el derecho a la defensa no podría conformarse con la mera asignación de un abogado para que ejerza la representación, tal como está previsto en el MAM. Una defensa

⁶¹ Así lo exige el artículo N° 53 de la Ley N° 19.718.

⁶² Véase Capítulo I, numeral 2, letra c. del MAM.

⁶³ Sobre el marco legal del sistema de defensa licitada, véase: ARELLANO, Jaime (Dir.) *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. Santiago de Chile: CEJA JSCA, 2015. pp. 100 y ss.

⁶⁴ En el mismo sentido, la defensora interamericana LÓPEZ PULEIO afirma que “el defensor no sustituye la voluntad de su representado, ni pasa a ocupar su lugar. Porque nadie podría arrogarse la facultad de ejercicio de un derecho que se estructura a partir de la idea de dignidad de la persona humana”. LÓPEZ PULEIO, M. Fernanda. El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. *Revista Das Defensorias Públicas Do Mercosur*, Brasília, DF, N° 3, pp. 7-50, 2013. Punto 2.1. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40868.pdf> Acceso en: 20 ago. 2019.

efectiva requiere de una relación de confianza⁶⁵ y confidencialidad entre el defendido y su representante.⁶⁶

3.3.3. CANTIDAD DE REQUERIMIENTOS

Según los instructivos de la DPP, una solicitud de atención se convierte en requerimiento una vez que el equipo de la Defensoría ha realizado la primera entrevista al condenado. A cargo está el defensor asignado a la causa (aunque no necesariamente es el mismo que ha recibido la solicitud). Solo cuando la solicitud es presentada por el propio condenado y el defensor puede realizar la primera entrevista de forma inmediata (no está obligado), será el mismo defensor. Por regla general,

⁶⁵ No obstante, vemos que ni siquiera el actual Código de Ética de la DPP contempla mayor referencia al tema de la confianza que debe existir entre defensor y defendido. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Código de Ética. 2016. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/descargas/codigo-etica-2016.pdf> Acceso en: 15 mar. 2020. En cambio, el Código Deontológico para el Defensor(a) Penal Público(a) aprobado en 2010, todavía contemplaba en su primer Título como principio el de la confianza. El artículo 8° establece que el defensor debía procurar “establecer una relación de confianza con su cliente, velando porque las decisiones que éste adopte en el proceso estén precedidas de la información necesaria”. RESOLUCIÓN EXENTA N° 2907, del 24 de septiembre de 2010. Aprueba Código Deontológico para del Defensor(a) Penal Público(a). Disponible en: http://www.dpp.cl/transparencia/files/normativa/Rex.%202907_2010.pdf Acceso en: 15 mar. 2020.

⁶⁶ A nivel europeo, la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea y el Código Deontológico de la Abogacía Europea garantizan esta confidencialidad. Este último estipula “que las relaciones de confianza dependen directamente de la inexistencia de cualquier duda sobre la probidad, la honradez, la rectitud o la integridad del abogado. Para el abogado, estas virtudes tradicionales constituyen obligaciones profesionales” (Punto 2.2). En sus comentarios a la Carta de Principios, el Consejo de la Abogacía Europea resalta que “es esencial dentro de la función de abogado que sus clientes le refieran asuntos que nadie más conoce, informaciones personales muy íntimas (...) de acuerdo con la confianza que depositan en él. Sin la certeza de esta confidencialidad, no podría haber confianza”. CCBE. Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea y el Código Deontológico de los Abogados Europeos. Comentario a la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea, Aprobado en la Sesión Plenaria del CCBE el 25.11.2006. p. 8. Disponible en: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/ES_DEON_CoC.pdf Acceso en: 16 ago. 2019.

los defensores tienen un plazo de 20 días, desde el registro de la solicitud, para realizar la entrevista.⁶⁷

Durante la entrevista, los defensores deben llenar una ficha con antecedentes personales (educación, trabajo y familia), de conducta y judiciales del solicitante.⁶⁸ La ficha contempla un listado de materias que son atendidas por la DP. Se listan temas como salidas, traslados, atención de salud, entre otros. El tema de la violencia carcelaria, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o las condiciones de reclusión, no encuentran mención específica.⁶⁹ Durante la entrevista, el condenado puede hacer varios requerimientos que luego se tramitan a la vez. Todos ellos se registran en el SIGDP.

Si revisamos la cantidad de requerimientos que surgieron de las solicitudes de atención, constatamos que -en promedio- por cada solicitud de atención se ha presentado prácticamente un requerimiento. La siguiente tabla contempla este resultado mostrando la evolución de la cantidad de solicitudes de atención y de requerimientos desde el inicio del programa de DP. Podemos apreciar cómo en 7 años la cantidad de requerimientos a los que da lugar una solicitud de atención se ha mantenido casi estable.⁷⁰

⁶⁷ Capítulo I, numeral 2 letras a. y b. del MAM.

⁶⁸ Capítulo I, numeral 2 letra d. del MAM.

⁶⁹ Si nos detenemos en el MAM, encontramos que también cuenta con un listado de los requerimientos, pero tampoco se mencionan reclamos relacionados a las condiciones de reclusión y la violencia intracarcelaria. Es posible que algunos de estos puedan estar siendo registrados en otras categorías, como “otra vulneración de derechos”.

⁷⁰ En la Tabla N° 1, se mostró la cantidad de solicitudes de atención por año. En un trabajo anterior hemos calculado este promedio en relación a un mayor número de requerimientos, ya que en la base de datos el mayor porcentaje de requerimientos corresponde a la categoría “requerimientos no formalizados” (23.917 en el 2018) y “requerimiento visita cárcel” (20.829 en el 2018) que representan el 33,6% y 29,2% del total anual, respectivamente. Sin embargo, estos no son en rigor “tipos” de requerimientos, más bien constituyen un error del sistema del registro. Por este motivo aquí no han sido considerados, lo que permite apreciar de manera más “limpia” la cantidad de requerimientos promedio que surgen a partir de cada solicitud de atención. La cantidad de “tipos” de requerimientos puede variar año a año, ya que se van agregando algunos, modificando o suprimiendo otros. En total (los 7 años) son 45, sin embargo, en el año 2018 -por ejemplo- solo son 37 categorías.

TABLA N° 3. Evolución de la cantidad de requerimientos en relación a las solicitudes de atención

N°/Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018
N° de Requerimientos	3782	8536	10720	12872	18134	20095	26467
Promedio de requerimientos por solicitud de atención	0,9	1,3	1,1	1,1	1,1	1,0	1,1

Fuente: Elaboración propia en base a datos del SIGDP.

Podemos explicar estas cifras en relación a la proactividad de los defensores. Como señala un defensor “hay dos formas de hacer defensa penitenciaria” (DP 3). Explica que hay algunos defensores que tienen una actitud proactiva respecto a las necesidades del condenado y evalúan la situación de este más allá de la solicitud de atención coyuntural, para verificar si pueden hacer algo más. Lo ejemplifica afirmando que le llega un caso “por atención médica, lo veo por atención médica, lo cierro o le abro por atención médica, pero si tú estás viendo la entrevista (...) en el fondo está con conducta regular, postula a una escuela, ve reclamación de conducta..., entonces, en una solicitud ya tienes tres requerimientos” (DP 3). Otro defensor ratifica esto: “depende mucho del defensor y eso se refleja al final en la cifra” (DP 4). Otro agrega que “efectivamente, lo que se busca en la Defensoría creo yo, es explicarle al usuario qué es lo que podemos hacer, porque muchas veces no tienen conocimiento de lo que podemos hacer” (DP 2).

Sin embargo, hay otros defensores que se remiten estrictamente a la solicitud de atención recibida. Esto se explicaría porque “el sistema tampoco te incentiva a ser muy proactivo” (DP 2). Los defensores razonarían: “Me estoy sobrecargando yo de trabajo, voy a colapsar y no tengo ayuda” (DP 4) o bien, “en regiones dicen: *van a pagar lo mismo, si yo tengo 20 o 60 causas* y muchas veces dicen: *si el interno [condenado] no lo pide ¿por qué lo vamos a hacer?* Es porque el interno no sabe qué puede pedir (...) una vez entrevisté a cuatro jóvenes y había una quinta, le dije: *ya, ¿qué quieres?* y ella dijo: *lo que sea*, y yo: *pero ¿cómo lo que sea?* y me dijo: *lo que sea, ayúdame en lo que sea*. Al final terminamos rebajando una pena de 17 años a 11 años. La chica nunca me iba a decir que quería una modificación de pena, porque no sabía que eso se podía, pero si no haces eso, al final no se generan los requerimientos” (DP 4).

Vemos que los defensores penitenciarios juegan un rol central a la hora de identificar los posibles requerimientos a la luz de las necesidades de las y los condenados, ayudándoles así en la activación de sus derechos.

Sin embargo, al parecer no existen incentivos institucionales para una actitud proactiva por parte de los defensores, por lo que el nivel que alcance dicha activación de derechos por parte de las personas privadas de libertad, dependerá fundamentalmente del compromiso y voluntad personal de cada defensor.

3.3.4. MATERIA DE REQUERIMIENTOS

Como se señaló, los instructivos de la DPP entregan directrices precisas para la atención en algunas materias (como libertad condicional y salud), no así en otras (como condiciones de reclusión, violencia carcelaria o malos tratos). Veremos que eso explica la ausencia de estas materias en los registros institucionales. Tan sólo en relación a celdas de castigo y/o aislamiento el defensor deber ejercer “todas las acciones necesarias para que las condiciones de la celda de aislamiento respeten la dignidad humana”.⁷¹ También se contempla que cuando un defensor se entera de una agresión física a un condenado, debe constituirse “inmediatamente o a más tardar durante la mañana del día siguiente” en el respectivo establecimiento, para interceder por el(a) recluso(a). Al mismo tiempo debe informar de inmediato a la Defensoría Regional. La necesaria rapidez de informar a los niveles superiores de la DPP, se refleja en otra oración que concretiza el sentido de “inmediato” señalando que se debe usar “la vía más expedita”.⁷² El instructivo no establece la necesidad de informar a la Fiscalía o policía de estos hechos, pese a que son posiblemente constitutivos de delito. Las estadísticas tampoco contemplan la necesidad de registrar la cantidad de denuncias presentadas en esa materia.

Consistente con esa orientación, el protocolo de difusión contempla directrices para difundir solo determinadas temáticas. El tema de maltratos o violencia no forma parte de ese catálogo. Hasta las bases de licitación, para ponderar la calificación de los profesionales que postulan a un contrato de licitación, estipulaban un catálogo exclusivo de temáticas de solicitudes

⁷¹ Capítulo III, numeral 3, c. del MAM.

⁷² Capítulo III., numeral 3, a. del MAM.

valoradas como experiencia en asesoría jurídica a condenados.⁷³ La presentación de denuncias penales o disciplinarias por hechos de violencia sufridos por los condenados (por parte de funcionarios u otros internos) no está en el listado. Tampoco se encuentran solicitudes relacionadas a las condiciones de reclusión (acceso a baños, agua potable, alimentación, colchones, utensilios de limpieza e higiene, ingreso de paquetes, etc.).

En ese contexto, la información estadística muestra que, en los años 2016, 2017 y 2018, con la DP ya instalada en todo el país, la solicitud de libertad condicional fue el requerimiento más frecuente (representando el 13,1% el 2016; el 18,3% el 2017 y el 14,9% el 2018), seguido por la solicitud de traslado de unidad penal (12,2% el 2016; 12,7% el 2017 y 13% el 2018). La tabla siguiente muestra los 15 requerimientos más frecuentes, los cuales en suma representan el 90% de los requerimientos del periodo 2016-2018.

TABLA N° 4. Cantidad de requerimientos según materia. Años 2016-2018

Materia Requerimiento/año	2016	%	2017	%	2018	%
Solicitud libertad condicional	2380	13,1	3669	18,3	3932	14,9
Solicitud traslado unidad penal	2213	12,2	2546	12,7	3453	13,0
Solicitud salida dominical	1674	9,2	1791	8,9	2200	8,3
Solicitud abono de cautelares	1398	7,7	1804	9,0	2145	8,1
Solicitud Pena Mixta (L.20.603)	1588	8,8	1356	6,7	1656	6,3
Solicitud traslado módulo	611	3,4	758	3,8	1199	4,5
Otra vulneración de derechos	271	1,5	893	4,4	1375	5,2
Solicitud unificación de penas Art. 164 COT	684	3,8	774	3,9	1065	4,0
Solicitud de Información Administrativa	0	0,0	21	0,1	2146	8,1
Impugnación sanción disciplinaria	460	2,5	446	2,2	881	3,3
Solicitud rebaja condena	581	3,2	607	3,0	563	2,1
Solicitud participación acciones resocializador	370	2,0	497	2,5	760	2,9
Solicitud sustitución multa Art. 49 CP	499	2,8	493	2,5	644	2,4
Solicitud atención médica	350	1,9	374	1,9	624	2,4
Solicitud abono de pena sustitutiva	407	2,2	355	1,8	517	2,0

Fuente: Elaboración propia en base a datos del SIGDP.

⁷³ Resolución N° 131, del 30 de septiembre de 2014. Formaliza acuerdo del Consejo de Licitaciones de defensa penal pública; Fija nuevo texto refundido de las bases administrativas y técnicas generales y anexos para la licitación pública del “Servicio de defensa penal de personas condenadas”; y establece lo que indica. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/4827c3e5502e-7f8081b0a3c42c03ce67.pdf> Acceso en: 20 mar. 2020. Punto. 3.3. pp. 49-52.

La categoría “otra vulneración de derechos” podría estar dando cuenta de una diversificación de la oferta de atención. Sin embargo, su porcentaje en el 2018 solo alcanza al 5,2%. Los mismos defensores penitenciarios relatan que en un centro de reclusión (Santiago Sur) “los gendarmes frente a la oficina donde entrevistamos los abogados, también les pegan a los internos. Se escucha detrás de como una mampara, como un panel, y se escucha cómo les pegan” (DP 4).⁷⁴ Sin embargo, manifiestan tener dificultades en responder a estos abusos pues “el problema es que después uno habla con el interno y el interno dice “no, es que yo contesté mal” (DP 3).

Desde esta perspectiva, podemos entender que el tipo de requerimientos responde principalmente a las definiciones de los instrumentos internos de la DPP. Materias normadas de forma específica encuentran su reflejo en las estadísticas, otras no. Los defensores casi no registran materias de atención no previstas expresamente en el MAM. Esto permite argumentar que las definiciones sobre la oferta de atención inciden en la configuración de la demanda.

⁷⁴ Diversos informes del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) han constatado los graves problemas de hacinamiento, infraestructura, salubridad y violencia, entre otros, en las cárceles chilenas. Véase: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, INDH. *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la integridad personal 2016 - 2017*. Santiago de Chile: Andros, 2018. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3> Acceso en: 16 ago. 2019. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, INDH. *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014 - 2015. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*. Nuevamérica Impresores: Santiago de Chile, 2019. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1136/estudio-general.pdf?sequence=1> Acceso en: 16 ago. 2019. Por otra parte, el último informe de Naciones Unidas, *Global study on homicide*, da cuenta que Chile es el país con la mayor tasa de homicidios intracarcelarios a nivel latinoamericano. UNODC. *Global study on homicide*. 2019. Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html> Acceso en: 19 nov. 2019.

3.3.5. CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS

Los requerimientos deben cumplir una serie de requisitos para que puedan ser objeto de alguna tramitación (judicial o administrativa). Así, este hito implica en la práctica una suerte de “pre selección” por parte del defensor, entre requerimientos que este consideró que tenían sustento legal de aquellos que no. Este derecho le corresponde también al defensor en relación a recursos de amparo o protección deducidos por los propios condenados o sus familiares. El respectivo instructivo estipula que en estos casos el defensor penitenciario asume la representación “a menos que se trate de una acción o recurso improcedentes”. Sobre la improcedencia no puede decidir el defensor solo (tampoco el juez), sino lo debe hacer conjuntamente con la Defensoría Regional.⁷⁵

Si examinamos la tabla N° 5, constatamos que, a partir del año 2013, prácticamente la mitad de los requerimientos cumplen los requisitos y la otra mitad o no los cumplen o no está determinado.⁷⁶ Por otra parte, desde el año 2013, los requerimientos que cumplen los requisitos muestran una leve tendencia al alza, pasando de ser el 49,1% a ser el 55,2% en el 2018.

TABLA N° 5. Evolución cumplimiento de requisitos de los requerimientos

REQUERIMIENTOS	2012		2013		2014		2015		2016		2017		2018	
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%
Cumple requisitos	744	19,7	4223	49,0	4853	45,3	6147	47,8	8864	48,9	10464	52,1	14613	55,2
No cumple requisitos	749	19,8	3587	41,7	3881	36,2	4059	31,5	6087	33,6	6814	33,9	7351	27,8
No determinado	2288	60,5	798	9,3	1986	18,5	2667	20,7	3183	17,6	2817	14,0	4503	17,0
Total	3.781	100	8.610	100	10.720	100	12.873	100	18.134	100	20.095	100	26.467	100

Fuente: Elaboración propia en base a datos del SIGDP.

Una explicación del aumento constante de los requerimientos que cumplen con los requisitos, podrían ser los indicadores que emplea la DPP para el control de las actividades del contrato suscrito con el respectivo prestador. Uno de los indicadores mide “Requerimiento presentado a tramitación dentro

⁷⁵ Capítulo III., numeral 3.b. del MAM.

⁷⁶ Los requerimientos no determinados son aquellos casos en que se ha producido el cumplimiento de la condena, el traslado de región o recinto penitenciario, el desistimiento por parte del condenado, una fuga o el deceso del condenado.

del plazo”. Si el nivel es menor a 60% no se cumple el indicador.⁷⁷ Pese a que esta tendencia de aumento de requerimientos aceptados es positiva, se constata que en general la mitad de los requerimientos no se transforman en una gestión propiamente tal. En estas demandas los condenados no logran movilizar sus derechos. Si bien nada garantiza que las peticiones que hagan los reclusos tengan un respaldo legal, resulta difícil explicar el alto porcentaje de requerimientos que no corresponderían a una petición viable jurídicamente. Si consideramos además que esta decisión queda al análisis exclusivo del defensor, vemos como la práctica refleja lo señalado por Blankenburg y Bruinsma, que entre la legislación y su aplicación se encuentra la práctica jurídica que ejerce su propio poder de definir lo que debe ser válido en la ley.⁷⁸

En la tabla siguiente, podemos observar el cumplimiento de requisitos según materia del requerimiento. Para ello observamos los 15 tipos de requerimientos más frecuentes (según vimos anteriormente en la tabla N° 4).

TABLA N° 6. Cumplimiento de requisitos de los requerimientos. Año 2018

REQUERIMIENTOS	Cumple requisitos		No cumple requisitos		No determinado	
	N°	%	N°	%	N°	%
Solicitud libertad condicional	2350	59,8	1187	30,2	395	10,0
Solicitud traslado unidad penal	2392	69,3	390	11,3	671	19,4
Solicitud salida dominical	761	34,6	1191	54,1	248	11,3
Solicitud abono de cautelares	1016	47,4	615	28,7	514	24,0
Solicitud Pena Mixta (L.20.603)	491	29,6	893	53,9	272	16,4
Solicitud traslado módulo	728	60,7	267	22,3	204	17,0
Otra vulneración de derechos	733	53,3	313	22,8	329	23,9
Solicitud unificación de penas Art. 164 COT	205	19,2	617	57,9	243	22,8
Solicitud de Información Administrativa	2034	94,8	29	1,4	83	3,9
Impugnación sanción disciplinaria	357	40,5	237	26,9	287	32,6
Solicitud rebaja condena	160	28,4	254	45,1	149	26,5
Solicitud participación acciones resocializadoras	488	64,2	138	18,2	134	17,6
Solicitud sustitución multa Art. 49 CP	382	59,3	114	17,7	148	23,0
Solicitud atención médica	465	74,5	32	5,1	127	20,4
Solicitud abono de pena sustitutiva	245	47,4	146	28,2	126	24,4

Fuente: Elaboración propia en base a datos del SIGDP.

⁷⁷ RESOLUCIÓN EXENTA N° 355 del 26 de septiembre de 2016. Aprueba contrato para prestación del servicio de defensa penal pública con Asesorías Jurídicas Integrales SpA, en la zona Z1P (Santiago) de la Región Metropolitana Norte. Punto Décimo Sexto. Disponible en: https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/contrato-asesor%C3%ADas-jur%C3%ADdicas-integrales_2.pdf Acceso en: 15 mar. 2020.

⁷⁸ BLANKENBURG, Erhard y BRUINSMA, Freek. Op. cit. p. 345.

El porcentaje más alto de cumplimiento de requisitos en el año 2018 es en la solicitud de información administrativa (94,8%); solicitud de atención médica (74,5%); solicitud de traslado de unidad penal (69,3%); y solicitud de participación de acciones resocializadoras (64,2%). Por el contrario, los menores porcentajes de cumplimiento de requisitos se observan en la solicitud de unificación de penas (Art. 164 COT) con un 19,2%; solicitud de rebaja de condena (28,4%); solicitud de pena mixta (29,6%); y solicitud de salida dominical (34,6%).

Podemos interpretar estos resultados señalando que, en primer lugar, no se observa una relación directa entre la frecuencia de un requerimiento y su porcentaje de cumplimiento de requisitos. Es decir, los requerimientos más frecuentes no son necesariamente aquellos que cumplen más los requisitos, ni los menos frecuentes son los que tienen menores porcentajes de cumplimiento de requisitos. Por otra parte, lo que sí podrían estar revelando estos resultados, es que aquellos requerimientos que dependen fundamentalmente de gestiones ante la autoridad administrativa, -y en principio representan una menor complejidad- tienden a cumplir en un mayor porcentaje los requisitos, a diferencia de aquellos que implican gestiones de tipo judicial y que muestran porcentajes de cumplimiento de requisitos más bajos.

4. CONCLUSIONES

4.1. LA DEFENSA PENITENCIARIA PERfila SU PROPIA DEMANDA DE ATENCIÓN

Vimos que la atención que brinda la Defensa Penitenciaria no refleja únicamente la demanda de atención expresada por las personas condenadas. La activación de derechos por parte de personas privadas de libertad se relaciona más bien con la forma en cómo se organiza y funciona la oferta de atención de la Defensa Penitenciaria.⁷⁹ No es la demanda que perfila la oferta, sino es la oferta la que determina la demanda.

⁷⁹ Ese hallazgo encuentra su eco también en la opinión de Alberto Bovino cuando afirma que, “la legalidad no ha penetrado a la cárcel, principalmente, por las prácticas de los operadores de la justicia penal”. BOVINO, Alberto.

Hemos identificado una serie de factores institucionales (oferta) que inciden en la magnitud y tipo de la demanda: la insuficiente cantidad de defensores asignados a determinados centros de reclusión; las dificultades de accesibilidad a los defensores; la poca relevancia otorgada a la relación de confianza entre el defendido y su representante; la falta de incentivos institucionales para una actitud proactiva de los defensores destinada a identificar derechos vulnerados de los condenados; y la ausencia de control de los filtros que hace el defensor respecto al cumplimiento de requisitos.

Se suma a lo anterior, que las directrices contenidas en la normativa interna y en las bases de licitación, definen las materias que deben ser objeto de atención. Desde una perspectiva crítica, consideramos que la DPP no es una ONG. No puede escoger las materias que atiende, tal como lo hacen las instituciones mencionadas por Blankenburg (véase arriba). Por el contrario, debería guiarse por las necesidades de defensa no satisfechas⁸⁰, en vez de establecer sus propios criterios para lo que consideran necesidades importantes. Su rol es garantizar el derecho a la defensa jurídica.⁸¹ En ese marco, se debe garantizar la igual protección en el ejercicio de los derechos en general con una defensa que cuente con autonomía funcional y no con un catálogo de materias seleccionadas de atención.⁸² La institución debe propender al cumplimiento de los

Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos. *Revista Jurídica*, N° 17, pp. 1-23, 2004. p. 1.

⁸⁰ Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados respaldan nuestra conclusión. Estipulan que “los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional”. Principio 14. ONU. Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Disponible en: <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Instrumentos/Justicia/Principios4.pdf> Acceso en: 16 ene. 2020.

⁸¹ Artículo N° 19.3, inc. 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁸² GARCÍA, CONTRERAS y MARTÍNEZ explican que “la dimensión de defensa se vincula materialmente con la igual protección que da el legislador en el ejercicio de los derechos”. Pues “el propio mundo jurídico es constitutivo de un lenguaje nuevo, técnico, sistemático e impenetrable”. Eso es “particularmente sensible en amplios sectores de la ciudadanía, en ámbitos socioeconómicamente postergados y en minorías especiales”. Afirman que “por lo

objetivos y las demandas de derechos que se encuentran previstos en su estatuto propio (Tratados Internacionales de DDHH, Constitución, Leyes y Reglamentos e instrucciones), lo que en el caso de la Defensa Pública de Chile sólo parece reflejarse en el discurso formal.

Direccionar de la manera descrita la demanda, contraviene la autonomía funcional de los defensores y así el derecho a la defensa. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado en el caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho a la defensa, debe “contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional”.⁸³ En el mismo sentido encontramos que la Asamblea General de la OEA, en dos resoluciones que abarcan la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia, resolvió “destacar la importancia de la independencia, autonomía funcional, financiera y/o presupuestaria, de la defensa pública oficial, como parte de los esfuerzos de los Estados Miembros para garantizar un servicio público eficiente, libre de injerencias y controles indebidos por parte de otros poderes del Estado que afecten su autonomía funcional y cuyo mandato sea el interés de su defendido o defendida”.⁸⁴

Por otra parte, la defensa penitenciaria no es una oferta eficiente, desde que existe una baja población que tiene acceso a este servicio, acceso

tanto, en el corazón de las respuestas del sistema judicial está la perspectiva de proscribir la indefensión”. GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo y MARTÍNEZ, Victoria. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Hueders, 2016. pp. 277 y ss.

⁸³ Corte IDH, Caso Ruano Torres y Otros vs. El Salvador, Sentencia del 05 de octubre de 2015, Serie C No. 303, párr. 157.

⁸⁴ Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), Hacia la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia, 5 de junio de 2013, párr. 5;

Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2801_XLIII-O-13.pdf Acceso en: 30 jun. 2020.

Resolución AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), Hacia la autonomía y fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia, 10 de junio de 2014, párr. 6

Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2821_XLIV-O-14.pdf Acceso en: 30 jun. 2020.

que se ve reducido no por cuestiones objetivas, ya que este queda sujeto a la discrecionalidad de los diversos agentes (administración penitenciaria, defensores y otras personas privadas de libertad).

La visión institucional contemplada en los distintos instrumentos de gestión (como las bases de licitación y el MAM), refleja una concepción donde se despersonaliza la defensa y se la entiende como la prestación de cualquier otro servicio, sea de transporte público o de agua potable, que además se puede *tercerizar*.⁸⁵ Es por eso que el tema de la necesaria confianza entre el defensor y representado no encuentra mayor reflejo en la normativa interna. En ese contexto, se hace entendible la afirmación de un defensor que sentía que se trataba a los condenados como “objetos” más que como sujetos de derecho, despersonalizando así la defensa de las y los condenados.

4.2. LA SELECTIVIDAD ATENTA CONTRA EL OBJETIVO DE LA DEFENSA PENITENCIARIA.

El estudio comprobó, que la DP no atiende de manera prioritaria violaciones a los derechos constitucionales y humanos causados por las condiciones de reclusión y la violencia intracarcelaria (véase tabla 4 y 6). Actualmente, ni siquiera se cuenta con datos exactos para saber si los defensores reciben denuncias de este tipo. Es elocuente que en los instructivos internos no aparezcan reglas específicas de actuación cuando los defensores constatan tratos inhumanos, crueles y degradantes. En la misma línea, de un aparente desinterés institucional, podemos entender la ausencia de mención del deber de denunciar ante la Fiscalía o policía agresiones físicas sufridas por sentenciados.⁸⁶ Parece ser, que en las

⁸⁵ En ese contexto parece acertado lo afirmado por BINDER, que “en aquellos países donde se han desarrollado mecanismos de asistencia jurídica, las preocupaciones de las instituciones y del personal que presta la asistencia jurídica predominan con frecuencia sobre las de los “consumidores” de los servicios jurídicos”. BINDER, Alberto; CAPE, Ed y NAMORADZE, Zaza. *Defensa penal efectiva en América Latina*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda. 2015. p. 7.

⁸⁶ Incluso los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal (2012), enfatizan que la asistencia debe servir para que los reclusos puedan “interponer apelaciones y presentar solicitudes relacionadas con el trato que reciben y las condiciones de su reclusión”. Principio 47.c). UNODC. Principios y directrices de las

directrices internas lo importante es el informar a las instancias superiores de la DPP. Esto sirve para poder controlar, entre otros, cualquier posible conflicto con el operador penitenciario o el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Esta falta de atención profundiza la desesperanza aprendida o resignación de los reclusos y fomenta así su proceso de prisionización.⁸⁷ Desde su punto de vista, las malas condiciones de vida, incluso la violencia, forman parte del castigo.⁸⁸ La realidad nacional muestra también que estas situaciones son parte de la vida cotidiana de la población penal. Es justo este hecho el que debería encontrar su contraste en una defensa mucho más proactiva en atender a las condiciones de vida y la violencia hacia y entre las personas reclusas.

4.3. RECOMENDACIONES

A una década del inicio de la DP, la meta de gestión no debería ser la de entregar más de lo mismo, sino de reenfocar la oferta. A su vez, se debería fortalecer la autonomía funcional del servicio de defensa penitenciaria a fin de garantizar efectivamente tal derecho. Es necesario modificar el catálogo de atención incluyendo directrices expresas para la defensa contra condiciones inhumanas de reclusión y violencia carcelaria. Los distintos instrumentos de gestión, específicamente el MAM y la ficha de registro de la primera entrevista, deberían entregar las orientaciones

Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf Acceso en: 24 ago. 2019.

⁸⁷ La prisionización se define como “la asimilación e internalización de la subcultura carcelaria por parte del sujeto, que no solo supone la aceptación de normas y códigos institucionales (de la cárcel como institución), sino, sobre todo, de las propias reglas y jerarquías entre los internos”. CLEMMER, Donald. *The prison community*. Nueva York: Rinehart & Winston, 1958, p. 96.

⁸⁸ HORVITZ explica que la cárcel naturaliza otras violaciones a derechos constitucionales, haciendo aparecer estos excesos “como ‘inherentes’ al castigo, a pesar de que constituyen una agravación injustificada de la pena”. HORVITZ, M. Inés. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? *Revista Política Criminal*, Santiago de Chile, v. 13, n 26, pp. 904-951, p. 928. 2018.

respectivas y debiesen ser mejorados. También esto debiera ser parte de las directrices de los coordinadores regionales. A su vez es necesario repensar el modelo de atención, en particular, aumentar la dotación de defensores, establecer incentivos adecuados y mejorar las condiciones de accesibilidad a estos por parte de las y los condenados. Se debe evitar que la atención a un condenado dependa de otra persona privada de libertad o del personal penitenciario, la DPP debería volver a difundir su oferta en los distintos módulos, calles y pabellones de las cárceles, acercando su oferta a los usuarios. A nivel latinoamericano, otras Defensorías Públicas, como la ecuatoriana, han mejorado su atención abriendo oficinas en las cárceles. De esta manera el defensor no llega “de visita”.

Para movilizar los derechos, en cantidad y calidad adecuadas, y cumplir con el objetivo institucional de mejorar la aplicación de las garantías constitucionales y el acceso a la justicia de los condenados privados de libertad, la oferta de atención institucional de la DP debe adecuarse a todas las necesidades de defensa de la población penal, y no al revés. Pues “sin defensa no hay justicia”⁸⁹, menos aún en la cárcel.

REFERENCIAS

ARELLANO, Jaime (Dir.) *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile: análisis retrospectivo a más de una década*. Santiago de Chile: CEJA JSCA, 2015.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed y NAMORADZE, Zaza. *Defensa penal efectiva en América Latina*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda. 2015.

BLANKENBURG, Erhard. *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*. Heidelberg: Springer Verlag. 1995.

BLANKENBURG, Erhard y BRUINSMA, Freek. The role of courts in the Netherlands and Germany- Dutch Legal Culture Compared. En: GESSNER Volkmar; HOELAND Armin y VARGA Csaba (Eds.). *European Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth, 1996, pp. 344 a 352.

BOVINO, Alberto. Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos. *Revista Jurídica*, N° 17, pp. 1-23, 2004. Disponible en: <https://www.>

⁸⁹ “Sin defensa no hay justicia” es el lema institucional de la Defensa Penal Pública chilena.

revistajuridicaonline.com/2004/01/el-control-judicial-de-la-privacion-de-libertad-y-derechos-humanos/ Acceso en: 27 ene. 2019.

CALDERÓN, Rodrigo. *Delincuencia, Políticas de estado y derechos humanos-a propósito de la cuestión penitenciaria en Chile*. Santiago de Chile; RIL Editores, 2015.

CARNEVALI, Raúl y MALDONADO, Francisco. El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad. *Revista Ius et Praxis*, año 19, n. 2, pp. 385 – 418, 2013. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art12.pdf> Acceso en: 16 jun. 2020.

CASTRO, Álvaro. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 14, pp. 35-54, 2018. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/49161/54183/> Acceso en: 16 jun. 2020.

CCBE. Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea y el Código Deontológico de los Abogados Europeos. Comentario a la Carta de Principios Esenciales de la Abogacía Europea, Aprobado en la Sesión Plenaria del CCBE el 25.11.2006. p. 8. Disponible en: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/ES_DEON_CoC.pdf Acceso en: 16 ago. 2019.

CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS. Departamento de Ingeniería Industrial, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile. Evaluación del Programa de Licitaciones de Defensa Penal Pública de la Defensoría Penal Pública. Informe Final. 2017. Disponible en: <http://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/2018/07/DIPRES-DPP-Informe-Final.pdf> Acceso en: 20 ago. 2019.

CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD. Instituto de Sociología de la P. Universidad Católica de Chile (2019). Auditoría Externa de Actuaciones Mínimas para la Defensa Penitenciaria 2018-2019. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/efb3ac4f6a04a85caa2d0e898bf28f05.pdf> Acceso en: 16 ago. 2019.

CESANO, José. *Derecho Penitenciario: Aproximación a sus Fundamentos*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009.

CLEMMER, Donald. *The prison community*. Nueva York: Rinehart & Winston, 1958.

CONTESSÉ, Javier y CONTRERAS, Lautaro (eds.). *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2019.

DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA. Código de Ética. 2016. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/descargas/codigo-etica-2016.pdf> Acceso en: 15 mar. 2020.

FEEST, Johannes. Elaboración y contenido de la ley penitenciaria y su impacto en el sistema penitenciario alemán. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Santiago de Chile, N° 7. Gendarmería de Chile/UNICRIM, pp. 17 – 28, 2005.

FERNÁNDEZ, Marco Antonio. Derecho penitenciario chileno. Problemas en torno a su naturaleza jurídica. Santiago de Chile: Hammurabi, 2019.

FUCITO, Felipe. *Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999.

GARCÍA, Gonzalo; CONTRERAS, Pablo y MARTÍNEZ, Victoria. *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Hueders, 2016.

GENDARMERÍA DE CHILE. Compendios Estadísticos. Disponibles en: https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas_compendios.html Acceso en: 10 nov. 2019.

GÓMEZ, Gastón. Derechos Fundamentales y Recurso de Protección. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2005.

HORVITZ, M. Inés. La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? *Revista Política Criminal*, Santiago de Chile, v. 13, n 26, pp. 904-951, 2018 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200904>

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, INDH. *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la integridad personal 2016 - 2017*. Santiago de Chile: Andros, 2018. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3> Acceso en: 16 ago. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, INDH. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014 - 2015. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal. Nuevaamérica Impresores: Santiago de Chile, 2019. Disponible en: <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1136/estudio-general.pdf?sequence=1> Acceso en: 16 ago. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual 2012. Disponible en: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2012/12/Inf-Anual-INDH12-WEB.pdf> Acceso en: 28 de junio de 2020

KENDALL, Stephan. *Tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2010.

LEÓN, Marco Antonio. *Encierro y Corrección. La Configuración de un Sistema de Prisiones en Chile (1800 - 1911)* Tomo II. y III. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, 2003.

LIBEDINSKY, Sofía. Rediseño del Modelo de Defensa Penitenciaria para Adultos Privados de Libertad en el nuevo Sistema Procesal Penal. *Revista Estudios de Políticas Públicas*, Santiago de Chile, vol. 1, pp. 226-245, 2016. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/292347188_Redisenodelmodelo_de_defensa_penitenciaria_para_adultos_privados_de_libertad_en_el_nuevo_sistema_procesal_penal Acceso en: 15 agosto, 2019.

LÓPEZ PULEIO, M. Fernanda. El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos. *Revista Das Defensorías Públicas Do Mercosur*, Brasilia, DF, N° 3, pp. 7-50, 2013. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40868.pdf> Acceso en: 20 ago. 2019.

MAÑALICH, Juan Pablo. El derecho penitenciario entre la ciudadanía y los derechos humanos. *Revista Derecho y Humanidades*, n. 18, pp. 163-178, 2011.

OEA. Asamblea General: Resolución AG/RES. 2801 (XLIII-O/13), Hacia la autonomía de la defensa pública oficial como garantía de acceso a la justicia, 5 de junio de 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2801_XLIII-O-13.pdf Acceso en: 30 jun. 2020.

OEA. Asamblea General: Resolución AG/RES. 2821 (XLIV-O/14), Hacia la autonomía y fortalecimiento de la Defensa Pública Oficial como garantía de acceso a la justicia, 10 de junio de 2014. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2821_XLIV-O-14.pdf Acceso en: 30 jun. 2020.

ONU. Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Disponible en: <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Instrumentos/Justicia/Principios4.pdf> Acceso en: 16 ene. 2020.

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. Versión escrita de la conferencia pronunciada por el galardonado al recibir el Premio Internacional de Investigación en Derecho “Héctor Fix-Zamudio” 2014. “El derecho comparado y la comparación de culturas jurídicas. Una perspectiva latinoamericana”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIX, N° 146, pp. 477-504, 2016, Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/view/537> Acceso en: 27 en. 2019

SALINERO, M. Alicia. Programa de Defensa Penitenciaria: Una contribución al acceso a la justicia, *Revista Debates Penitenciarios*, CESC, Santiago, N° 19, pp. 3-22, 2014. https://www.cesc.uchile.cl/debates_penitenciarios_19.pdf Acceso en: 27 en. 2019.

STIPPEL, Jörg. Cárcel, derecho y política. Santiago: LOM Ediciones, 2013.

STIPPEL, Jörg. Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Santiago: LOM Ediciones, 2006.

UNODC. Global study on homicide. 2019. Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html> Acceso en: 19 nov. 2019.

UNODC. Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/13-86673_ebook-Spanish.pdf Acceso en: 24 ago. 2019.

Informações adicionais e declarações dos autores (integridade científica)

Agradecimentos (acknowledgement): El desarrollo de la parte empírica de este trabajo fue financiado por el Fondo Interno de Investigación I+D 2016, Código CIP16018. Universidad Central de Chile.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): os autores confirmam que não há conflitos de interesse na realização das pesquisas expostas e na redação deste artigo.

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

- *Jörg Alfred Stippel*: projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Paula Carolina Medina*: desenvolvimento da metodologia (methodology), coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.
- *Rodrigo Lillo*: coleta e análise de dados (data curation), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing – original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing – review and editing), aprovação da versão final.

Declaração de originalidade (declaration of originality): os autores apontam que o texto aqui publicado foi depositado como *postprint* em 3.8.2020 (<https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.1043>). Futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atestam que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 31/03/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/04/2020
- Avaliação 1: 04/05/2020
- Avaliação 2: 05/05/2020
- Avaliação 3: 13/05/2020
- Avaliação 4: 14/05/2020
- Decisão editorial preliminar: 01/06/2020
- Retorno rodada de correções: 02/07/2020
- Decisão editorial final: 02/07/2020
- Depósito postprint: 03/08/2020 (<https://doi.org/10.1590/SciELOPreprints.1043>)

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (PMM)
- Revisores: 4

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

STIPPEL, Jörg Alfred; MEDINA, Paula Carolina; LILLO, Rodrigo. Obstáculos en la activación de derechos en el marco de la defensa penitenciaria chilena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1735-1775, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.356>



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

