

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL

Ano I

Nº 01

Janeiro/Junho 2015

ISSN: 2525-510X

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1>

São Paulo

Editora Atlas S.A. – 2015

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL

Ano I

Nº 01

Janeiro/Junho 2015

EXPEDIENTE

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP)

Prof. Dr. André Machado Maya

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP)

CONSELHO EDITORIAL

Integrantes internacionais

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

Univesità degli Studi di Bologna, Itália

Prof. Dr. Juan Montero Aroca

Universidad de Valencia, Espanha

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente

Universidade Autónoma de Lisboa e Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer

Univerty of California, Estados Unidos da América e Universidade de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia

Univerdidad Complutense de Madrid, Espanha

Prof. Dr. Raúl Cervini

Universidad Católica de Uruguai

Prof. Dr. Rui Cunha Martins

Universidade de Coimbra, Portugal

Prof. Dr. Stefano Ruggeri

Univesità degli Studidi Messina, Itália

Profª Drª Teresa Armenta Deu

Universidad de Girona, Espanha

Integrantes nacionais

Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI

Prof. Dr. Aury Lopes Jr.

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Prof. Dr. Diogo Malan

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ e Fundação Getulio Vargas – FGV

Prof. Dr. Elmir Duclerc

Universidade Federal da Bahia – UFBA

Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr

Faculdade Autónoma de Direito de São Paulo – FADISP

Profª. Dra. Flaviane de Magalhães Barros

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan

Universidade de Passo Fundo – UPF

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Universidade Federal do Paraná – UFPR

Prof. Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Universidade de São Paulo – USP

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques

Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS

Prof. Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

Universidade Tiradentes – UNIT (Sergipe)

Profª. Dra. Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Universidade de São Paulo – USP

Prof. Dr. Maurício Zanoide de Moraes

Universidade de São Paulo – USP

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago

Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Prof. Dr. Salah H. Khaled Jr.

Universidade Federal de Rio Grande – FURG

Prof. Dr. Sérgio Augustin

Universidade de Caxias do Sul – UCS

SUMÁRIO

Editorial, 2

Seção I – Doutrina Estrangeira

La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo, 11

Máximo Langer

La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas, 43

Gabriel Ignacio Anitua

El principio acusatorio entendido como eslogan político, 66

Juan Montero Aroca

La prolusione di rocco e le dottrine del processo penale, 88

Renzo Orlandi

Processo penal, segurança e liberdade: uma provocação, 105

Manuel Monteiro Guedes Valente

Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal, 121

Teresa Armenta Deu

Seção II – Doutrina Nacional

Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas, 143

Nereu José Giacomolli

A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado, 166

Salah H. Khaled Jr.

Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade, 185

Elmir Duclerc

Direito e Processo Penal juntos? (des)Caminhos do ensino jurídico, 202

Alexandre Morais da Rosa

O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal, 218

Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin

Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo, 230

Aury Lopes Jr.

EDITORIAL

Das constantes discussões em grupos de estudos e de pesquisas, bem como de seminários científicos, tendo como um de seus objetos o Direito Processual Penal, surgiu a necessidade de intensificar a construção e o desenvolvimento científicos dos institutos desse ramo do Direito. A busca de um espaço próprio ao processo penal cria possibilidades de desenvolvimento científico crítico-constructivo. Por isso, o Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal, fundado em março de 2010, além de um Boletim Informativo semestral, o qual circula desde 2011, dá início agora, em parceria com a Editora Atlas, ao projeto de edição da *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*.

A mera autonomia normativa e disciplinar do Direito Processual Penal tem se revelado insuficiente ao desenvolvimento científico desse ramo do Direito. Sua dignidade dogmática foi reconhecida, na Itália, desde a obra de Giovanni Conso, de 1955 (Renzo Orlandi). Quando de teoria geral do processo se menciona, pouco ou nada de processo penal se enfoca. Isso se observa na produção doutrinária e nas disciplinas das faculdades de direito. Quando se organiza um seminário de processo, o processo penal é um convidado indesejado e pouco espaço lhe é reservado. Quando se propõe um debate acerca da autonomia do direito processual penal, emerge a estigmatização histórico-cultural, e a tutela do Direito Processual Civil trava batalhas para não perder seu pupilo.

O Direito Processual Penal não é mero apêndice do Direito Processual Civil. O estudo do processo penal, desde a graduação, é feito em disciplinas próprias. Contudo, essa autonomia é insuficiente; faz-se mister estruturar o processo penal, de forma autônoma, com conteúdo específico e categorias jurídicas próprias. Há que ser reconhecida a dignidade científica própria ao direito processual penal, evitando-se teorias e conceitos inadequados. Já Bellavista, na década de 1950, na Itália, embora em outra perspectiva, após a desvinculação do processo penal do direito penal, proclamava a necessidade de ser intensificada a produção dogmática e de ser aprofundado o conhecimento científico dos institutos de direito processual penal, evitando-se esquemas e teorias não adaptáveis ao processo penal.

Na mesma perspectiva, o grande jurista alemão James Goldschmidt já exigia – desde as proluções de Madri, em 1935 – o respeito às categorias jurídicas próprias do processo

penal. Também foi o idealizador da monumental teoria do processo como situação jurídica, tão pouco conhecida no Brasil, e que bem explica a complexa fenomenologia do processo penal. Fazzalari, mesmo sendo adepto da teoria geral do processo, nada mais faz do que retomar o caminho demarcado por Goldschmidt.

Entretanto, Carnelutti foi quem enfatizou a falta de maturidade científica e o excesso de reverência aos dados normativos, em Cerenterola (1946), defendendo as peculiaridades estruturais do processo penal, verificadas, por exemplo, na fase preliminar investigatória e na proteção da condição humana. Nesse rumo foram a conferência de Franco Cordero, em 1964 (Lecce), bem como as lições de James Goldschmidt. Já naquela época, repudiavam-se o tecnicismo da teoria da relação jurídica e os denominados pressupostos processuais, afirmando-se a importância do contraditório, dos aspectos políticos, do princípio democrático, bem como do processo penal com uma disputa entre acusação e defesa (Renzo Orlandi).

Embora haja pontos de contato e de aproximação para com o Direito Processual Civil, importantes são os distanciamentos entre as duas realidades processuais, tanto em sua estrutura, quanto no conteúdo dos idênticos institutos. A fase preliminar, preparatória da imputação criminal, é específica da realidade criminal, e seus efeitos não se circunscrevem àquela etapa; a resposta criminal (contraditório) é obrigatória e ultrapassa o mero aspecto formal (ampla de plena defesa); as cargas probatórias e a valoração da prova possuem especificidades que mais afastam os dois ramos que os aproximam – evidência, dúvida e inércia, *v. g.*; a proteção do estado de inocência e do ser humano não encontra aproximações para formar uma teoria unitária; a regra da incoação criminal é oficial (MP), não se aplicando o princípio dispositivo; a solução para o caso penal se dá por meio de um sujeito oficial e em um processo (necessidade do processo).

A jurisdição criminal, além de manifestação do poder político, no processo penal, legitima-se pela tutela dos direitos fundamentais, na perspectiva de controle do poder punitivo Estatal. O princípio democrático, no processo penal, além da juridicidade, sustenta-se na normatividade convencional e constitucional, na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais. Estes, não *do* ou *o* Estado, mas *contra* o Estado, como técnicas de garantia (Canotilho e Ferrajoli). A condição humana permeia o processo penal; é seu *status* que é constantemente debatido, bem diverso da realidade dos espaços de discussão de bens patrimoniais e suas vinculações.

Enfim, o processo penal precisa se desvencilhar das amarras da teoria geral do processo (na verdade, teoria geral do processo civil) para encontrar suas categorias jurídicas próprias e, com isso, criar as condições de possibilidade para seu pleno desenvolvimento científico e dogmático.

Porto Alegre, agosto de 2014.

Nereu José Giacomolli
Presidente

Aury Lopes Jr.
Conselheiro editorial

SEÇÃO I

Doutrina Estrangeira

LA LARGA SOMBRA DE LAS CATEGORÍAS ACUSATORIO-INQUISITIVO

Máximo Langer¹

Resumen

Este trabajo argumenta que las categorías acusatorio e inquisitivo han sido más centrales para el derecho procesal penal comparado que lo que se ha reconocido previamente ya que han contribuido a constituirlo y a moldearlo como campo transnacional al reflejar y restringir sus principales tendencias teóricas y sus mayores temas de interés. Se identifican las principales tradiciones teóricas de este campo mediante un relevamiento de los usos que la doctrina y la jurisprudencia le han dado a la distinción entre acusatorio e inquisitivo, y se argumenta que incluso los principales análisis alternativos existentes operan dentro de estas mismas tradiciones teóricas. Además, se aduce que la dicotomía acusatorio-inquisitivo también ha contribuido a limitar el tipo de temas tratados por este campo. Finalmente, se esbozan diversas maneras mediante las cuales el derecho procesal penal comparado puede superar la

¹ Profesor de Derecho (*tenured Professor of Law*), Facultad de Derecho de la Universidad de California, Los Ángeles; abogado, Universidad de Buenos Aires; doctor en Ciencias Jurídicas (S. J. D.), Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Agradezco a Rachel Barkow, Alejandro Chehtman, Mirjan Damaška, Sharon Dolovich, Jeff Fagan, Malcolm Feeley, James Forman, David Garland, Bernard Harcourt, John Jackson, Josh Kleinfeld, Niki Lacey, Corinna Lain, Inga Markovits, Tracey Mears, Daniel Pastor, Intisar Rabb, Dan Richman, Paul Roberts, David Sklansky, Göran Sluiter, Máximo Sozzo, Carol Steiker, Jordan Steiker, Sergey Vasiliev, Jim Whitman y participantes en seminarios en la Universidad de Amsterdam, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Harvard, Universidad de San Andrés, Universidad Metodista del Sur (SMU), Universidad Nacional de Rosario, Universidad Nacional del Litoral, y Universidad Torcuato Di Tella, por sus comentarios sobre borradores anteriores de este trabajo; a David Heyrani por su asistencia en la investigación; a Elyse Meyers por su trabajo editorial; y a Lucas Tassara por su traducción del inglés al español. La versión original en inglés está siendo publicada en Markus D. Dubber & Tatjana Höernle (compiladores), *Handbook on criminal law* (Oxford University Press, 2014, en prensa). Esta traducción al español ha sido publicada en la *Revista de Derecho Público* Nro. 32 (2014) de la Universidad de los Andes, Colombia.

larga sombra teórica y temática de las categorías acusatorio-inquisitivo y así expandir y enriquecer nuestro conocimiento y análisis, tanto positivos como normativos, sobre el proceso penal.

Palabras claves: acusatorio, inquisitivo, sistema acusatorio, sistema inquisitivo, proceso penal, proceso penal comparado, derecho comparado, reforma judicial.

Abstract

This chapter maintains that the adversarial and inquisitorial categories have been more central to comparative criminal procedure than it has been previously acknowledged because they have contributed to constitute it as a transnational field by reflecting and restricting its main theoretical trends and thematic interests. The article identifies the main theoretical traditions of this field by mapping commentators' and courts' uses of the adversarial and inquisitorial distinction, and shows that even the main comparative criminal procedure alternative approaches are operating within these same theoretical traditions. The article suggests that the adversarial-inquisitorial dichotomy has also contributed to limit the type of themes that the field has covered. Finally, the article sketches a number of ways in which comparative criminal procedure may transcend the long theoretical and thematic shadow of the adversarial and inquisitorial categories and thus expand the type of positive and normative insights it can bring to our understanding of the criminal process.

Keywords: adversarial, inquisitorial, adversary system, inquisitorial system, criminal procedure, comparative criminal procedure, comparative law, judicial reform.

Introducción

Es un lugar común afirmar que lo “acusatorio” y lo “inquisitivo” han sido categorías centrales en el estudio comparado de los procesos penales. En este trabajo sostendré que la influencia y centralidad de estas categorías van todavía más allá de lo que se ha reconocido, ya que ellas han contribuido a constituir y a moldear al derecho procesal penal comparado como campo transnacional de pensamiento, estudio y políticas públicas al reflejar y restringir sus principales tendencias teóricas y sus mayores temas de interés.

De hecho, argumentaré que se pueden identificar las principales tradiciones teóricas dentro de las cuales ha trabajado el derecho procesal penal comparado, mediante un relevamiento de los usos que la doctrina y la jurisprudencia le han dado a la distinción entre acusatorio e inquisitivo. Este relevamiento mostrará cinco usos principales de

estas categorías, a saber como: (1) tipos ideales-descriptivos; (2) sistemas históricos o sociológicos que se encuentran presentes en procesos penales concretos pasados o contemporáneos; (3) intereses o valores contrapuestas que coexisten en todo proceso penal; (4) funciones del proceso penal; y (5) modelos normativos. Luego de efectuar este relevamiento, afirmaré que incluso los principales análisis del derecho procesal penal comparado que han usado términos o herramientas conceptuales alternativas a la oposición acusatorio-inquisitivo operan dentro de estas mismas tradiciones teóricas.

Además, sustentaré que la dicotomía acusatorio-inquisitivo también ha contribuido a limitar el tipo de temas o cuestiones tratados por el derecho procesal penal comparado, ya que estos estudios han tendido a focalizarse en las características del proceso penal que sobresalen o son resaltadas cuando se yuxtaponen los sistemas acusatorios e inquisitivos, en detrimento de otros temas posibles. La centralidad de esta yuxtaposición ayuda a explicar por qué el derecho procesal penal comparado se ha focalizado principalmente en los procesos penales de los países desarrollados de Occidente, en la persecución local y no transnacional del delito, en el análisis de las instituciones y los roles de los actores del proceso penal, y en el análisis de solo un subconjunto de instituciones y actores de la justicia penal.

Finalmente, señalaré que para que el derecho procesal penal comparado pueda ampliar y profundizar su conocimiento y perspectivas es necesario que supere la larga sombra teórica y temática de las categorías acusatorio-inquisitivo. Aquí esbozaré diversas maneras mediante las cuales el derecho procesal penal comparado puede superar dicha sombra y así expandir y enriquecer nuestro conocimiento y análisis, tanto positivos como normativos, sobre el proceso penal.

Antes de proceder con mi análisis es necesario realizar tres aclaraciones. En primer lugar, incluyo dentro del campo del derecho procesal penal comparado al campo académico que tiene representantes en muchas facultades de derecho y otros departamentos universitarios del mundo que estudia al proceso penal desde una perspectiva comparada. Los participantes en este campo son académicos que enseñan o escriben sobre el proceso penal y que, explícita o implícitamente, incluyen un análisis de dos o más jurisdicciones en sus clases o estudios. Estos académicos se ven a sí mismos o son vistos por otros como comparativistas del proceso penal. Pero el derecho procesal penal comparado como campo de pensamiento y de políticas públicas va más de la academia e incluye reformadores legales, jueces, abogados, y diseñadores de políticas públicas que, explícita o implícitamente, comparan dos o más jurisdicciones cuando piensan, analizan, juzgan o intentan reformar el proceso penal.

En segundo lugar, mi argumento sobre la centralidad e influencia de las categorías acusatorio-inquisitivo sobre el derecho procesal penal comparado no es un argumento causal univariable. Hay muchos factores que han constituido y moldeado a este campo de estudio y de políticas públicas que no puedo analizar aquí. Mi argumento es que las categorías acusatorio e inquisitivo han sido uno de los factores que ha jugado un rol importante en la constitución y delimitación de este campo.

En tercer lugar, las categorías acusatorio e inquisitivo y las formas de pensamiento que ellas reflejan han contribuido a limitar el alcance del derecho procesal comparado de múltiples maneras. Aunque no puedo desarrollar estas ideas aquí por limitaciones de espacio, mi argumento es que, en ciertos casos, las categorías han contribuido a cegar a los participantes del campo del derecho procesal penal comparado. En otras palabras, las categorías han contribuido a invisibilizar otras corrientes teóricas y temáticas que podrían ser utilizadas para analizar el proceso penal desde una perspectiva comparada. Las categorías también han contribuido a excluir o a marginalizar de este campo a un número de académicos y de otros actores legales que podrían ser incluidos o podrían ser centrales para este campo, si el campo estuviera constituido de modo diferente. En otros casos, la centralidad de estas categorías y las corrientes teóricas que ellas reflejan han contribuido a oscurecer o empobrecer el análisis comparado del proceso penal. Finalmente, la centralidad de estas categorías y formas de pensamiento han sido una distracción para ciertos participantes en el campo del derecho procesal penal comparado, ya que los han incentivado a utilizar ciertas corrientes teóricas y a analizar ciertos temas en desmedro de otros. Estas cuatro formas de influencia sobre el campo del derecho procesal penal comparado han estado presentes individualmente o combinadas en diferentes contextos, dependiendo de las características de actores legales específicos y de los marcos y prácticas institucionales dentro de las cuales estos actores operan.

I. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Los términos *acusatorio* e *inquisitivo* tienen una larga historia en el proceso penal. Ya en los siglos XII y XIII la doctrina y otras fuentes legales distinguían entre proceso inquisitivo y acusatorio. En el primero de ellos, los funcionarios públicos podían iniciar un proceso por su propia iniciativa con base en la existencia de rumores públicos (fama). Por el contrario, un proceso acusatorio exigía una acusación por parte de un individuo particular. La distinción entre estos dos tipos de procesos se daba al interior de los sistemas jurídicos no entre diversos sistemas jurídicos.² En otras palabras, los términos eran utilizados principalmente para referirse a dos tipos de procesos que coexistían dentro del mismo sistema jurídico, mas que como herramientas para comparar y distinguir entre procesos legales de distintos sistemas jurídicos. Además, los procesos acusatorio e inquisitivo no connotaban, respectivamente, las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas.³

² Aunque se han realizado numerosos estudios históricos sobre los procesos acusatorios e inquisitivos, la historia intelectual y teórica de las categorías acusatorio-inquisitivo aún debe escribirse. Actualmente me encuentro en una etapa temprana del desarrollo de dicho proyecto de investigación. Por lo tanto, la afirmación que hago en el texto sobre el uso de las categorías en los siglos XII y XIII, así como otras que formulo en el resto de este apartado histórico son meramente tentativas y preliminares, puesto que todavía no las he podido corroborar de modo exhaustivo.

³ Para un examen reciente de los principales trabajos sobre el proceso por parte de juristas medievales y de principios de la Edad Moderna, incluyendo sus análisis de los procesos acusatorio e inquisitivo, ver Pennington (2014).

El uso de los términos acusatorio e inquisitivo con fines comparativos surgió como un desarrollo posterior, entre la segunda mitad del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. Durante el siglo XVIII, la doctrina y las autoridades políticas en Europa continental, buscando alternativas al proceso penal del Antiguo Régimen, se empezaron a interesar en el procedimiento penal inglés como un posible modelo de reforma.⁴ La doctrina y las autoridades europeas comenzaron a utilizar la categoría *acusatorio* para aludir al proceso penal anglosajón, y el término *inquisitivo* para aludir al proceso penal del Antiguo Régimen o de la Europa continental de ese momento.⁵ Con posterioridad, las jurisdicciones anglosajonas empezaron a utilizar el término *adversarial* de un modo similar a *acusatorio*.⁶

El contenido que la doctrina les dio a estas categorías fue variado. En algunas formulaciones, el proceso acusatorio se basaba en la existencia de individuos particulares para la persecución del delito, mientras que en el proceso inquisitivo la persecución penal estaba a cargo de funcionarios públicos.⁷ Otras formulaciones incluían una mayor variedad de características. Por ejemplo, el sistema acusatorio era definido como un proceso penal controlado por las partes, en donde el tribunal era un árbitro pasivo. El proceso acusatorio no procuraba obtener la confesión del acusado para probar su culpabilidad, y los casos se decidían en audiencias orales a través de un juicio por jurados. Los jurados hacían una valoración libre de la prueba de acuerdo con sus impresiones sobre el caso y no había posibilidad de recurrir sus veredictos. Por el contrario, el sistema inquisitivo consistía en un proceso penal controlado por el tribunal, sometido a su propia iniciativa, y en el cual el tribunal tenía las funciones de investigar y juzgar el caso. El proceso inquisitivo procuraba obtener la confesión del imputado como parte de la investigación del caso, y llevaba a cabo los juicios mediante un procedimiento escrito y secreto realizado por jueces profesionales. Los jueces tenían que valorar la prueba de acuerdo con el sistema de prueba legal y existía la posibilidad de recurrir sus veredictos.⁸

Los doctrinarios de Europa continental concibieron los procesos acusatorio e inquisitivo como sistemas en los que había uno o varios principios epistemológicos, sociales o políticos subyacentes, que conectaban las características respectivas de cada uno de estos procesos. De ese modo, un número importante de doctrinarios consideró que cada sistema asumía una forma distinta de recolectar, producir y evaluar la prueba, y de determinar la verdad en los casos concretos. Así, de acuerdo con una de estas versiones, el sistema acusatorio asumía una concepción sintética de la investigación de la verdad porque cada una de las partes debía presentar las pruebas que sostenían sus afirmacio-

⁴ Respecto a la influencia del proceso penal inglés sobre los pensadores y otras figuras del Iluminismo, ver Padoa Schioppa (1986).

⁵ Ver, p. ej., Hélie (1855, § 308); Mittermaier (1832, § 28); Mittermaier (1834, § 3); H. (1834, p. 1).

⁶ Ver, p. ej., Morgan (1930-1931, p. 906).

⁷ Ver, p. ej., Mittermaier (1832, § 28).

⁸ Ver, p. ej., Hélie (1855, § 308); Mittermaier (1834, AT § 3; H. (1834, p. 1).

nes. Adicionalmente, asumía que la valoración correcta de la prueba solo requería del sentido común, educación y experiencia de cualquier ciudadano. Por su parte, el sistema inquisitivo tenía una concepción analítica de la determinación de la verdad porque cada paso procesal con sentido incriminatorio requería que hubiera indicaciones claras de que el acusado era culpable. Además, exigía que los jueces profesionales que eran designados por el gobierno utilizaran un sistema legal de valoración de la prueba, que se consideraba producto del conocimiento científico.⁹

Los autores europeo-continentales también consideraron que había una relación entre tipos de sociedad y tipos de proceso penal. Por ejemplo, en concordancia con las ideas del siglo XIX, algunos sostenían que el proceso acusatorio podía tener lugar en sociedades más primitivas o simples, tal como se desprendía de los juicios por ordalías y por juramento en la Edad Media, pero no en sociedades complejas o más avanzadas.¹⁰ Algunos doctrinarios asociaron al sistema acusatorio con una concepción democrática o popular del Estado que tenía como fin proteger los derechos y libertades individuales, y al sistema inquisitivo con una concepción autoritaria o monárquica del Estado que procuraba la aplicación eficiente del derecho penal.¹¹ Parte de la doctrina defendió al sistema inquisitivo argumentando que se basaba en la razón y que castigaba el delito en forma solemne y equitativa.¹² Con base en esta distinción entre sistemas acusatorios e inquisitivos, un grupo de doctrinarios caracterizó al Código de instrucción criminal de Napoleón, que prevaleció en Europa continental en el siglo XIX, como el “sistema mixto” que había encontrado el punto de equilibrio entre las libertades individuales y la eficiencia.¹³

II. CONCEPCIONES TEÓRICAS CONTEMPORÁNEAS DE LAS CATEGORÍAS ACUSATORIO-INQUISITIVO

La centralidad de la distinción acusatorio-inquisitivo para el derecho procesal penal comparado continúa hasta nuestros días. Sin embargo, aun cuando el significado asignado a estos términos en el siglo XIX haya establecido las bases para la configuración actual del derecho procesal penal comparado como disciplina teórica y como espacio de pensamiento y de reforma, lo cierto es que el derecho procesal penal comparado ha crecido y ha expandido sus bases teóricas en las últimas décadas.¹⁴ Desde una perspec-

⁹ Ver Mittermaier (1834, § 3).

¹⁰ Ver, p. ej., Hélie (1855, § 308); Mittermaier (1809, § 1).

¹¹ Ver, p. ej., Hélie (1855, § 308); Mittermaier (1834, § 3).

¹² Ver, p. ej., Mittermaier (1834, § 3; 1809, § 1).

¹³ Ver, p. ej., Hélie (1855, § 308).

¹⁴ Para análisis generales sobre la disciplina del derecho procesal penal comparado, ver, por ejemplo, Grande (2012, p. 191 y ss.), Roberts (2002, p. 539 y ss. [reseña bibliográfica]).

tiva teórica podemos distinguir al menos cinco usos contemporáneos de los términos *adversarial* o *acusatorio*, por un lado, e *inquisitivo*, por el otro.¹⁵ Aquellos que utilizan estas cinco concepciones teóricas no siempre las han articulado como tales, y a veces el mismo autor o actor ha utilizado los términos *acusatorio* e *inquisitivo* en más de uno de estos sentidos teóricos. Además, estos cinco usos no han sido igualmente importantes en los estudios teóricos y la invocación y aplicación práctica del derecho procesal penal comparado. Sin embargo, la articulación y el relevamiento de estas cinco concepciones son útiles, puesto que nos van a permitir identificar las principales tradiciones teóricas dentro del derecho procesal penal comparado en la actualidad.

Un primer uso teórico concibe a lo *acusatorio* y lo *inquisitivo* como tipos ideales descriptivos. No hay ningún proceso penal actual que contenga todas las características de uno de estos tipos ideales. Pero así como los edificios pueden acercarse en mayor o menor medida a un determinado estilo arquitectónico, los procesos penales pueden acercarse en mayor o menor medida a un determinado tipo ideal descriptivo sobre el proceso penal.¹⁶ Aquel que delinea los tipos ideales determina su contenido con base en una o más características que considera importante resaltar. Uno de los contenidos centrales, si no el más importante, que una parte de la doctrina ha incluido en los tipos ideales acusatorio-inquisitivo ha sido la contraposición entre el proceso penal como una contienda entre dos partes versus el proceso penal como una investigación imparcial única.¹⁷ No obstante, parte de la doctrina también ha incluido otras características en estos tipos ideales, como procedimiento oral versus escrito, proceso concentrado versus secuenciado y jueces legos versus profesionales, por mencionar algunas de ellas.¹⁸

Esta concepción ha sido fructífera a los fines clasificatorios, puesto que cualquier proceso penal puede ser ubicado en el espectro entre los tipos ideales acusatorio e inquisitivo.¹⁹ Además, como categorías weberianas, los tipos ideales pueden ser utilizados para describir características predominantes de las reglas o prácticas de un determinado proceso penal, permitiendo así el análisis comparado de temas específicos, como, por ejemplo, cuál proceso penal presenta más obstáculos probatorios para alcanzar una condena,²⁰ o cuál protege mejor a los testigos vulnerables.²¹ La principal crítica a estos

¹⁵ Sobre las diferentes conceptualizaciones de las categorías acusatorio-inquisitivo, ver Langer (2001, p. 97 y ss.). En este artículo previo distinguí seis usos teóricos diferentes de las categorías “acusatorio” e “inquisitivo”. Teniendo en cuenta que la definición de estas categorías como principios normativos complicaría innecesariamente el análisis en el presente trabajo me voy a concentrar aquí solo en los cinco usos restantes. Para un análisis más general de modelos procesales, ver, p. ej., Damaška (2001, p. 477 y ss.).

¹⁶ Ver, p. ej., Damaška (1984, p. 24 y ss.).

¹⁷ Ver, p. ej., Jackson (2005, p. 742-743).

¹⁸ Ver, p. ej., Jörg, Field y Brants (1995, p. 41 y ss.).

¹⁹ Ver, p. ej., Gane (1999), p. 56 y ss.).

²⁰ Ver, p. ej., Damaška (1973, p. 506 y ss.).

²¹ Ver, p. ej., Ellison (1999, p. 1 y ss.).

tipos ideales ha sido que, incluso cuando pueden capturar los distintos tonos de grises entre dos opuestos procesales, no pueden explicar múltiples fenómenos procesales que no están incluidos en los tipos ideales.²² Por ejemplo, las formulaciones clásicas o predominantes sobre los tipos ideales acusatorio-inquisitivo no capturan los distintos grados de corrupción económica de los funcionarios del ministerio público y los jueces, los distintos niveles de recursos económicos y humanos con los que cuenta la administración de justicia penal, o los diferentes grados de capacidad investigativa de la policía en distintas jurisdicciones.

Un segundo sentido teórico concibe a lo *acusatorio* y a lo *inquisitivo* como sistemas históricos o sociológicos presentes en procesos penales concretos, pasados o contemporáneos, típicamente en las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas, o bien en un subgrupo dentro de ellas. Para una vertiente de esta concepción, el contenido de los sistemas acusatorio-inquisitivo se desprende del mínimo denominador común que las jurisdicciones continental-europeas y anglosajonas presentan en un momento determinado en el tiempo.²³ Por ejemplo, si en un momento particular todas las jurisdicciones anglosajonas incluyen al jurado popular, mientras que todas las jurisdicciones continental-europeas incluyen a jueces profesionales como juzgadores del caso, entonces estas características pasan a ser parte, respectivamente, del contenido de los sistemas acusatorio e inquisitivo. El análisis mediante el mínimo denominador común ha sido criticado por su inestabilidad, ya que el contenido de las categorías se ve alterado con cada cambio que ocurre en cualquier jurisdicción continental-europea o anglosajona.²⁴ Por ejemplo, si una sola jurisdicción continental-europea adopta el jurado, este rasgo ya no puede ser un elemento para distinguir entre los dos tipos de sistemas. Este análisis carece también de criterios sólidos para determinar el significado de los sistemas acusatorio-inquisitivo porque el contenido de las categorías depende de rasgos o modificaciones aleatorias en jurisdicciones individuales continental-europeas y anglosajonas, en vez de principios o fundamentos que subyacen y organizan a estas categorías.

Otras vertientes de esta segunda concepción teórica de los sistemas acusatorio-inquisitivo como categorías históricas o sociológicas no presentan estos problemas. Los investigadores definen las categorías con base en las características del proceso penal que quieren estudiar e investigan si existen principios o fundamentos que subyacen debajo de, y conectan estas características procesales entre sí. En esta vertiente incluyo una serie de estudios históricos sobre el proceso penal. En una importante versión de esta vertiente, la doctrina ha utilizado el término *inquisitivo* para referirse al proceso penal que nació en Europa continental entre los siglos XII y XIII, y prevaleció hasta comienzos del siglo XIX. Las características de este proceso han incluido el inicio del procedimiento penal por parte de los funcionarios públicos mediante iniciativa propia,

²² Markovits (1989, p. 1313 y ss. [reseña bibliográfica]).

²³ Hermann (1978, p. 3).

²⁴ Ver, p. ej., Damaška (1984).

el sistema de pruebas legales, la limitación de los derechos del imputado y el uso de la tortura.²⁵ La historiografía reciente ubica en el siglo XVIII los orígenes del sistema acusatorio, entendido como una contienda entre dos abogados frente a un juez y un jurado pasivos, regulada por las reglas contemporáneas del *common law* en materia probatoria, y en donde el acusado tiene una serie de derechos en el juicio.²⁶ En estos estudios históricos los procesos penales continentales contemporáneos a veces son caracterizados no como *inquisitivos*, sino como *mixtos* o *no acusatorios*.²⁷ Estos análisis históricos han generado y aumentado nuestro conocimiento respecto no solo a la historia del proceso penal en distintas jurisdicciones, sino también al modo en que el proceso penal ha interactuado con diversos fenómenos, tales como la formación del Estado-nación, la expansión del poder de la Iglesia en la Edad Media y Moderna, y la profesionalización de la litigación penal entre los siglos XVIII y XIX, por mencionar solo algunos ejemplos.²⁸

Otro uso de nuestros términos como sistemas históricos o sociológicos no se refiere a procesos penales del pasado sino a procesos penales contemporáneos de jurisdicciones continental-europeas y de otros lugares del mundo como América Latina, por un lado, y anglosajonas, por el otro lado, (o al menos de algunas de ellas dentro de cada uno de estos grupos).²⁹ Así, por ejemplo, lo *acusatorio* se ha referido a un proceso penal concebido como una disputa entre dos partes ante un tribunal bifurcado, compuesto por un juez y un jurado, mientras que lo *inquisitivo* alude a un proceso penal concebido como una investigación imparcial única llevada a cabo por funcionarios públicos profesionales. Algunas investigaciones más recientes han caracterizado a estas dos concepciones del proceso penal (i) como un conjunto de normas culturales y sociales que estas instituciones y actores internalizan a través de procesos de socialización³⁰ y (ii) como dos formas de distribuir el poder y las responsabilidades entre las principales instituciones y actores del sistema de justicia penal, tales como los fiscales, jueces, imputados, abogados defensores, víctimas y la ciudadanía.³¹ Y en la medida en que los actores jurídicos usan los calificativos de *acusatorio* o *common law* e *inquisitivo* o *continental-europeo* para definirse a sí mismos como juristas, estas categorías también pueden ser entendidas como identidades legales, es decir, como términos para definirse a sí mismos como abogados *vis-à-vis* los abogados de otras jurisdicciones.³²

²⁵ Una referencia clásica en esta línea de trabajo es Esmein (1882). Para historiografía reciente relacionada con esta línea de investigación, ver, p. ej., Chiffolleau (2001), Kéry (2001).

²⁶ Ver, p. ej., Langbein (2003).

²⁷ Ver, p. ej., Langbein (2005).

²⁸ Ver, p. ej., Chiffolleau (2001); Langbein (1978).

²⁹ Ver, p. ej., Hodgson (2005).

³⁰ Langer (2004; 2005). Para una discusión crítica sobre el concepto de cultura jurídica con especial relación a la justicia penal, ver, p. ej., Nelken (1997; 2010).

³¹ Langer (2004).

³² Langer (2005).

Esta conceptualización de los sistemas acusatorio e inquisitivo en términos de normas sociales y dinámicas de poder ha ayudado a entender cómo estos sistemas históricos o sociológicos se reproducen a sí mismos y cambian a lo largo del tiempo.³³ También le ha permitido a parte de la doctrina y de los estudiosos del sistema penal analizar por qué las jurisdicciones continental-europeas y anglosajonas han regulado y discutido en forma distinta cuestiones jurídicas específicas como, por ejemplo, el derecho del imputado a acceder a los elementos de prueba en poder de las autoridades.³⁴ Asimismo, ha contribuido a explicar cómo las reformas procesales de sistemas inquisitivos hacia acusatorios pueden ser rechazadas o transformadas por la jurisdicción receptora debido a diferentes normas culturales o a dinámicas de poder en los dos sistemas, y analizar por qué y cómo el proceso penal estadounidense se ha propagado hacia otras jurisdicciones.³⁵ Dicha conceptualización también ha permitido explicar una serie de prácticas y resultados procesales en los tribunales penales internacionales en donde abogados educados y capacitados en sistemas locales con distintas normas procesales han perseguido, defendido y juzgado casos en forma conjunta.³⁶

Estas dos primeras conceptualizaciones de lo *acusatorio* y lo *inquisitivo* como tipos ideales y como sistemas históricos o sociológicos también han permitido el análisis de lo que puede estar en juego en esta dicotomía desde una perspectiva epistemológica, sociológica o política. Una serie de estudios ha considerado que los modelos acusatorio e inquisitivo implican no solo dos técnicas distintas de determinación de los hechos y de adjudicación del caso, sino que también suponen concepciones diferentes de la verdad, en donde el modelo inquisitivo asume, por ejemplo, una teoría de la verdad como correspondencia, mientras que el modelo acusatorio asume una teoría consensual de la verdad.³⁷ Esta línea epistemológica de investigación le ha permitido a la doctrina procesal penal comparada analizar no solo cuestiones teóricas sino también prácticas, como los posibles vínculos entre las condenas erróneas y los procesos acusatorio e inquisitivo. Por ejemplo, la doctrina ha puesto de manifiesto cómo los procesos acusatorios conducidos por las partes pueden tener problemas para identificar y cuestionar causas comunes que provocan condenas erróneas, tales como testigos oculares equivocados o mentirosos, confesiones y reconocimientos de culpabilidad falsos, prueba forense o pericial defectuosa y los prejuicios psicológicos de confirmación y de visión de túnel.³⁸

³³ Langer (2004).

³⁴ Ver, p. ej., Langer y Roach (2013, p. 273).

³⁵ Goldbach, Brake y Katzenstein (2013, p. 141 y ss.), Grande (2000), Langer (2004), Langer (2007, p. 617 y ss.), MacLeod (2010, p. 83), Pizzi (1993, p. 1325).

³⁶ Langer (2005).

³⁷ Ver, p. ej., Damaška (1997; 1990, p. 91 y ss.; 1998, p. 289 y ss.), Weigend (2011, p. 389 y ss.).

³⁸ Ver, p. ej., Roach (2010, p. 387 y ss.). Para una crítica sobre la capacidad del sistema acusatorio norteamericano de alcanzar resultados veraces, ver Pizzi (1999). Sobre la relación entre los distintos tipos de prejuicios psicológicos y los procesos acusatorio e inquisitivo, ver, p. ej., Schünemann (1995, p. 215 y ss.), Van Koppen y Penrod (2003).

Dentro de los círculos de la sociología jurídica, otros autores han vinculado al proceso acusatorio con concepciones individualistas de la sociedad y el puritanismo, y al proceso inquisitivo con concepciones comunitarias de la sociedad y el catolicismo.³⁹ En teoría política, los procesos acusatorio e inquisitivo han sido relacionados con diferentes concepciones del Estado. En una de estas interpretaciones, el rol pasivo del tribunal en el proceso acusatorio ha sido vinculado con una concepción reactiva del Estado que permanece neutral frente a distintas concepciones del bien, mientras que el rol activo del tribunal en los procesos inquisitivos ha sido vinculado con un Estado que sostiene y promueve una determinada concepción del bien.⁴⁰ En otra formulación, el proceso acusatorio ha sido relacionado con un Estado que implementa sus políticas a través del litigio legal, mientras que el proceso inquisitivo ha sido relacionado con un Estado que implementa sus políticas a través de una maquinaria burocrática.⁴¹ En otra enunciación el proceso acusatorio ha sido incluso vinculado con el Estado capitalista.⁴²

Además de estas conceptualizaciones como tipos ideales o sistemas históricos o sociológicos, los términos *acusatorio* e *inquisitivo* han sido utilizados para referirse a *intereses* o *valores opuestos* dentro del proceso penal, en donde lo *acusatorio* se refiere al valor del debido proceso o los derechos del imputado, mientras que lo *inquisitivo* hace referencia al valor de la aplicación de la ley o la eficiencia.⁴³ Esta tercera enunciación de las categorías acusatorio-inquisitivo no se concentra en las formas procesales utilizadas para la determinación de los hechos y la adjudicación del caso, sino en establecer qué características específicas de cada proceso penal promueven el debido proceso o la aplicación de la ley. En este sentido, lo *acusatorio* y lo *inquisitivo* son intereses o valores que podemos encontrar en distintos grados en todas las jurisdicciones, y no clasificaciones que corresponden respectivamente a las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas.

En un cuarto sentido teórico, lo *acusatorio* y lo *inquisitivo* son utilizados para describir una o más *funciones* que los procesos penales llevan a cabo. En esta cuarta conceptualización, aquellos procesos penales que están estructurados para obtener admisiones de culpabilidad en forma sistemática o coaccionada han sido caracterizados como *inquisitivos*, en tanto que aquellos otros que no están estructurados para obtener estas admisiones de culpabilidad serían *acusatorios*.⁴⁴ Esta conceptualización no se ha concentrado en las formas procesales sino en las funciones reales que desempeña el proceso penal. Esta cuarta concepción de las categorías acusatorio-inquisitivo puede vincularse con la tradicional escuela funcionalista del derecho comparado, que en lugar de buscar las

³⁹ Ver, p. ej., Garapon y Papadopoulos (2003).

⁴⁰ Ver, p. ej., Goldstein (1974, p. 1009 y ss.).

⁴¹ Ver, p. ej., Kagan (2003).

⁴² Pashukanis (1980).

⁴³ Ver, p. ej., Garraud (1907, § 1), Mittermaier (1834, §§ 1 y 3), Rassat (2010, §§ 16 y 17).

⁴⁴ Ver, p. ej., Sheridan (2011, p. 1221).

diferencias de forma entre los sistemas jurídicos analiza si estos cumplen funciones similares utilizando diferentes formas.⁴⁵

Esta cuarta conceptualización teórica tiene un antiguo pedigrí en el derecho procesal penal comparado debido a la asociación entre el término *inquisitivo* y la práctica de la tortura en el Antiguo Régimen.⁴⁶ La asociación entre las confesiones obtenidas en forma coaccionada y el derecho continental-europeo todavía persiste hasta nuestros días, especialmente en el mundo anglosajón.⁴⁷ No obstante, en contra de estas caracterizaciones simplistas, algunos especialistas en derecho procesal penal comparado han sostenido que algunos de los orígenes del derecho contra la autoincriminación compulsiva pueden encontrarse en el derecho continental-europeo, y que actualmente las jurisdicciones continental-europeas reconocen ese derecho.⁴⁸ Además, invirtiendo el clásico argumento funcionalista del derecho procesal penal comparado, algunos estudios han mostrado que, a pesar de los estereotipos preexistentes, algunas jurisdicciones anglosajonas contemporáneas dependen de la obtención sistemática o coercitiva de admisiones de culpabilidad tanto como o de modo más problemático que varias jurisdicciones continental-europeas y latinoamericanas. En estas jurisdicciones anglosajonas, estas admisiones de culpabilidad son gestionadas u obtenidas por los fiscales y ocurren como declaraciones de culpabilidad del acusado luego de la emisión de la acusación, en lugar de ser confesiones ante la policía o el juez de instrucción.⁴⁹ La asociación entre las jurisdicciones anglosajonas y el derecho contra la autoincriminación compulsiva se ha visto debilitada aun más por la autorización en Inglaterra y Gales a los jurados para realizar inferencias negativas en determinadas situaciones con base en el silencio del imputado, así como por la autorización en los Estados Unidos para utilizar técnicas como el ahogamiento simulado (submarino) durante el gobierno de Bush como parte de sus políticas antiterroristas.⁵⁰

En una quinta conceptualización teórica, lo *acusatorio* y lo *inquisitivo* son utilizados como *modelos normativos*. Estos modelos incluyen un conjunto de principios o características positivas o negativas que pueden usarse para evaluar procesos penales actuales, para tomar decisiones en casos individuales o para promover reformas procesales. Los argumentos a favor de la superioridad normativa de los procesos acusatorio o inquisiti-

⁴⁵ Ver, p. ej., Zweigert y Kötz 1998).

⁴⁶ Para descripciones y análisis históricos sobre la tortura en el proceso penal del Antiguo Régimen, ver, p. ej., Damaška (1978; 2012), Langbein (1976), Pennington (1993).

⁴⁷ Ver, p. ej., *Colorado v. Connelly*, (1986) 479 U.S. 157, 181; *Rogers v. Richmond*, (1961) 365 U.S. 534, 81 S.Ct. 735, 5 L.Ed.2d 760.

⁴⁸ Ver, p. ej., Helmoltz et al. (1997), Van Kessel (1998).

⁴⁹ Langbein (1978, p. 3 y ss.), Langer (2006). Para un análisis comparado sobre los fiscales como adjudicadores de hecho, ver, p. ej., Luna y Wade (2012).

⁵⁰ Sobre la regulación del derecho contra la autoincriminación forzada en Inglaterra y Gales, ver, p. ej., Feldman (2007, p. 149).

vo se han basado en la supuesta superioridad epistemológica, en la mayor consistencia con los derechos humanos, en la mayor transparencia, en el carácter democrático o en la mayor eficiencia del proceso acusatorio sobre el inquisitivo, o viceversa.⁵¹ Al igual que en las conceptualizaciones previas, los doctrinarios y otros actores les han asignado diferente contenido a los procesos acusatorio e inquisitivo como modelos normativos de acuerdo con las cuestiones que les interesa analizar o promover.⁵² Este contenido ha incluido temas clásicos para estas categorías, tales como la oposición entre proceso conducido por las partes versus proceso conducido por el tribunal, audiencias orales versus expediente escrito, procesos públicos versus secretos, reconocimiento pleno versus reconocimiento débil de los derechos del imputado y jurados puros versus tribunales mixtos o jueces profesionales. Frecuentemente, estos argumentos normativos han sido articulados junto con propuestas de reformas, parciales o totales, sean acusatorias en o para jurisdicciones continental-europeas o latinoamericanas, o bien reformas inquisitivas en o para jurisdicciones anglosajonas.⁵³

También los tribunales han realizado un uso normativo de estas categorías. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la Convención Europea sobre Derechos Humanos exige un proceso acusatorio que incluye el derecho a la igualdad de armas, entendido como el derecho de cada parte a que se le otorgue una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones tales que no lo ubiquen en una desventaja sustancial frente a su oponente.⁵⁴ El derecho a un proceso acusatorio significa, en un caso penal, que tanto el acusador como la defensa deben tener la oportunidad de tener conocimiento y pronunciarse sobre las observaciones presentadas y la prueba invocada por la otra parte.⁵⁵ Este derecho incluye que el acusado tenga una oportunidad adecuada y apropiada para impugnar y cuestionar a los testigos contra él, sea al momento en que prestan declaración o bien en una etapa posterior del procedimiento.⁵⁶ A fin de acomodar tanto a las jurisdicciones anglosajonas como a las continental-euro-

⁵¹ Para un análisis crítico de las justificaciones consecuencialistas y no consecuencialistas del sistema acusatorio, ver Luban (1988, p. 67-102). Sobre el presunto superior o inferior valor epistemológico del sistema acusatorio, ver, p. ej., Ferrajoli (2009), Menkel-Meadow (1996). Sobre la presunta mayor consistencia del sistema acusatorio o inquisitivo con los derechos humanos, con la transparencia y, de manera más general, con la democracia, ver, p. ej., Binder (1993), Maier (1996) y Schünemann (2008). Sobre si los sistemas acusatorio o inquisitivo son más eficientes, ver, p. ej., Posner (1999).

⁵² Algunos autores consideran que un proceso penal legítimo tiene que combinar aspectos de las categorías acusatorio e inquisitivo más que optar por uno sobre el otro. Ver, p. ej., Vogler (2005) quien sostiene que los procesos penales legítimos deben combinar elementos de las tradiciones acusatoria, inquisitiva y de justicia popular.

⁵³ Ver, p. ej., Binder (1993), Weinreb (1977), Amodio y Selvaggi (1989), Frase (1990), Frase y Weigend (1995), Iontcheva Turner (2006), Langbein (1981).

⁵⁴ Ver, p. ej., *Kennedy v. United Kingdom* (26839/05), (2011) 52 E.H.R.R. 4, § 184.

⁵⁵ Ver, p. ej., *Fitt v. United Kingdom* (29777/96), (2000) 30 E.H.R.R. 480, § 44; *Rowe and Davis v. the United Kingdom* [GC], no. 28901/95, ECHR 2000-II, § 60.

⁵⁶ Ver, p. ej., *Kostovski v. The Netherlands* (11454/85), (1989) 12 E.H.R.R. 434, § 41.

peas, el Tribunal Europeo no ha incluido en el contenido del proceso acusatorio muchas características que se encuentran en el *common law*. De esta forma, el Tribunal ha exigido que tanto las jurisdicciones anglosajonas como las continental-europeas modifiquen sus procedimientos, dejándoles al mismo tiempo suficiente lugar para que mantengan muchas de sus normas e instituciones preexistentes.⁵⁷

Pero aun cuando se han dado argumentos normativos a favor del sistema inquisitivo, el sistema acusatorio ha tendido a imponerse en este debate normativo, especialmente en los últimos años. Esta preferencia por el proceso acusatorio puede ser, parcialmente, resultado de la discusión teórica y de razones sustantivas. Sin embargo, hay otros fenómenos que pueden ayudar a explicar por qué el proceso acusatorio es considerado el modelo procesal más atrayente: uno, la influencia que ejerce el proceso penal de los Estados Unidos y sus agencias alrededor del mundo, y, dos, la vieja asociación entre el término *inquisitivo* y el proceso penal del Antiguo Régimen. Esta connotación positiva y negativa, respectivamente, de lo *acusatorio* y lo *inquisitivo* contribuye a explicar por qué los términos han sido utilizados como dispositivos retóricos y eslóganes en fallos penales y para fundamentar reformas procesales penales alrededor del mundo.⁵⁸

III. ANÁLISIS COMPARADOS ALTERNATIVOS DEL PROCESO PENAL Y LA LARGA SOMBRA TEÓRICA DE LO ACUSATORIO-INQUISITIVO

Dada la importancia de las categorías acusatorio-inquisitivo para el derecho procesal penal comparado, no es sorprendente que la doctrina haya articulado diversos marcos teóricos alternativos a ellas. En esta sección sostengo que aun cuando estos análisis alternativos con frecuencia han profundizado nuestro conocimiento y nuestra comprensión del proceso penal, estos análisis pueden ser considerados meras elaboraciones de las categorías acusatorio-inquisitivo, o como todavía operando bajo su larga sombra teórica. Mi análisis de estos abordajes alternativos va a seguir en forma secuencial el relevamiento teórico de la oposición acusatorio-inquisitivo de la sección anterior como: (1) tipos ideales descriptivos; (2) sistemas históricos o sociológicos presentes en procesos penales concretos pasados o contemporáneos; (3) intereses o valores contrapuestos que coexisten en todo proceso penal; (4) funciones del proceso penal; y (5) modelos normativos.

El más influyente y sofisticado de estos análisis alternativos ha sido el marco teórico elaborado por Mirjan Damaška en su obra *Las caras de la justicia y la autoridad estatal*.⁵⁹ Damaška propone dos grupos de tipos ideales opuestos en lugar de las clásicas cate-

⁵⁷ Ver, p. ej., Jackson (2005).

⁵⁸ Ver, p. ej., Amodio y Selvaggi (1989), Langer (2007), Sklansky (2009).

⁵⁹ Damaška (1986).

rías acusatorio-inquisitivo a fin de evitar “construcciones estrechas y estériles” y “vanos intentos para expresar el núcleo de oposición entre la administración de justicia continental y angloamericana”.⁶⁰ Un primer grupo de tipos ideales opuestos incluye los *ideales de la jerarquía y de la coordinación* que articulan dos formas mediante las cuales se estructura la autoridad en la administración de justicia. En el modelo ideal de la jerarquía, la administración de justicia está compuesta por profesionales que toman decisiones aplicando reglas técnicas a los casos, en un marco de relaciones jerárquicas de autoridad entre ellos. En contraste, en el modelo ideal de la coordinación, la administración de justicia está compuesta por legos que toman decisiones sobre los casos aplicando estándares comunitarios, en un esquema de relaciones horizontales de autoridad entre ellos. El segundo grupo de tipos ideales opuestos de Damaška incluye los modelos de *implementación de políticas públicas* y de *resolución de conflictos* que articulan dos objetivos que la administración de justicia puede perseguir. En el modelo de resolución de conflictos, el objetivo de la administración de justicia y del Estado es brindar un marco dentro del cual los individuos puedan elegir entre sus propias concepciones del bien. En contraste, en el modelo de implementación de políticas públicas, el fin de la administración de justicia y el Estado es implementar una determinada concepción del bien.

Esta iluminadora construcción de Damaška vino a renovar el estudio comparado de los procesos legales al proveer dos grupos originales de tipos ideales que conectan características del proceso legal con dos tipos de autoridad y dos objetivos de la administración de justicia.⁶¹ Sin embargo, a pesar de su originalidad e importancia, este esquema puede ser considerado como una elaboración de las categorías acusatorio-inquisitivo más que como una verdadera alternativa a estas. En primer lugar, al igual que una importante vertiente de la literatura sobre lo acusatorio-inquisitivo, la propuesta de Damaška reposa en tipos ideales como dispositivos teóricos. En otras palabras, al igual que aquella corriente sobre lo acusatorio-inquisitivo, Damaška crea modelos abstractos como una forma de clasificar y analizar los procesos legales actuales. Además, sus modelos de resolución de conflictos y de implementación de políticas públicas pueden ser considerados como elaboraciones de la clásica oposición acusatorio-inquisitivo entre proceso de partes versus investigación única, mientras que los modelos de la coordinación y de la jerarquía pueden ser entendidos como elaboraciones de la clásica oposición acusatorio-inquisitivo entre juzgadores legos versus juzgadores profesionales. Los modelos de resolución de conflictos y de implementación de políticas públicas también pueden ser interpretados como una elaboración del clásico tema del derecho procesal penal comparado sobre el vínculo que existe entre tipos de procesos penales y tipos de Estado político. Así como en las articulaciones clásicas lo acusatorio está vinculado a una concepción democrática y lo inquisitivo a una concepción autoritaria o monárquica del Estado, el esquema de Damaška relaciona al proceso estructurado como una disputa

⁶⁰ Damaška (1986, p. 6).

⁶¹ Sobre la importancia e influencia del trabajo de Damaška, ver Jackson, Langer y Tillers (2008).

con una concepción liberal del Estado y al proceso estructurado como una investigación única con una concepción liberal del Estado. La contribución de Damaška ha sido importante y novedosa pero opera dentro del espacio intelectual o de pensamiento que la literatura sobre los sistemas acusatorio e inquisitivo ya había abierto.

Un segundo grupo de abordajes alternativos ha incluido análisis históricos y socio-jurídicos del proceso penal que no reposan (principalmente) en la distinción acusatorio-inquisitivo, y en su lugar proponen otros conceptos para comparar las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas. Estos estudios también han profundizado nuestro entendimiento del proceso penal al sostener, por ejemplo, que distintas concepciones de participación ciudadana en la decisión de los casos pueden reflejar diferentes concepciones de qué es una “nación”; que las relaciones entre las agencias de justicia penal y las instituciones locales no estatales son descritas en forma disímil en diferentes países debido a distintas actitudes hacia la idea de “comunidad”; que distintas preocupaciones sobre la vigilancia encubierta reflejan diferentes nociones sobre sus objetivos y los problemas que presenta; que existe un vínculo entre la discrecionalidad en la persecución penal y distintas concepciones sobre la igualdad; que diferencias en las regulaciones legales pueden ser una manifestación de distintas concepciones de la privacidad; y que las grandes diferencias en la forma en que se trata la prueba sobre la personalidad del acusado reflejan diferentes concepciones sobre las relaciones entre el Estado y la ciudadanía en las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas, o en un subgrupo de ellas; por mencionar solo algunos ejemplos.⁶²

No obstante ello, una vez más, se puede considerar que estos estudios operan dentro de un ámbito de pensamiento teórico ya abierto por la literatura sobre los procesos acusatorio-inquisitivo. Al igual que las caracterizaciones de lo *acusatorio* y lo *inquisitivo* como sistemas históricos o sociológicos, estos análisis toman a las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas (o un subgrupo de ellas) como una división central dada, que puede ser explicada mediante la identificación de principios o fundamentos que subyacen a cada una de estas clases de jurisdicción. Además, el tipo de explicaciones propuestas actúa dentro de la tradición culturalista del derecho procesal penal comparado que considera que los distintos valores, normas sociales o concepciones políticas constituyen las variables independientes que explican las diferencias jurídicas entre los procesos penales de las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas.

Un tercer conjunto de explicaciones alternativas a la oposición acusatorio-inquisitivo ha aplicado los modelos clásicos de Herbert Packer sobre el control del delito y el debido proceso al análisis comparado del proceso penal. Mientras que bajo el modelo del control del delito el proceso penal es una línea de montaje que tiene como principal objetivo la aplicación eficiente del derecho penal a través del *plea bargaining*, bajo el modelo del debido proceso el procedimiento penal constituye una carrera de obstáculos que resaltan la protección de los derechos del imputado a través de un juicio ante un

⁶² Ver, p. ej., Dubber (1995), Field (2006), Lacey y Zedner (1998), Ross (2007), Whitman (2009; 2004).

tribunal imparcial.⁶³ Si bien Packer consideraba a los modelos del control del delito y del debido proceso como un reflejo de la tensión entre dos sistemas de valores dentro del proceso acusatorio de los Estados Unidos,⁶⁴ parte de la doctrina los ha utilizado para el análisis comparado del proceso penal.⁶⁵

Es difícil exagerar la influencia de los modelos de Packer sobre las reflexiones sobre proceso penal no solo en los Estados Unidos sino también en otros lugares del mundo.⁶⁶ Packer articuló elegantemente sus dos detallados modelos para captar una tensión clásica dentro del proceso penal. Sin embargo, él no fue el primero en advertir esta tensión. De hecho, como ya mencioné, mucho antes que Packer un número de especialistas en derecho procesal penal comparado habían considerado que esta misma tensión entre la aplicación eficiente del derecho penal y el debido proceso era captada por la oposición entre el proceso penal acusatorio e inquisitivo – y probablemente tampoco ellos fueron los primeros en identificar y articular dicha tensión. Lo que quiero señalar es que los modelos de Packer pueden ser considerados no como verdaderas alternativas a una de las tradiciones teóricas operando mediante las categorías acusatorio-inquisitivo, sino como elaboraciones dentro de una corriente de pensamiento sobre el proceso penal que ya había sido abierta y que ya estaba presente en la literatura sobre el proceso penal comparado.

Una cuarta serie de análisis alternativos se ha concentrado en las funciones que desempeña el proceso judicial más que en las formas que presenta. Probablemente el análisis comparado de Martin Shapiro ha sido el más sofisticado en esta conceptualización. Shapiro cuestiona el entendimiento predominante sobre los tribunales, que incluye: “(1) un juez independiente que aplica (2) normas legales preexistentes (3) después de un procedimiento acusatorio (4) a fin de alcanzar una decisión dicotómica en la cual a una de las partes se le asigna un derecho y a la otra se la considera equivocada”.⁶⁷ En lugar de ello, explora el rol que juega el consentimiento para legitimar a los órganos juzgadores y destaca las funciones de resolución de conflictos, creación del derecho y control social que estos órganos llevan a cabo.⁶⁸

La obra de Shapiro ha hecho una importante contribución al análisis comparado del proceso judicial. Al poner el énfasis en la necesidad de obtener consentimiento y en las funciones que realizan los órganos juzgadores, Shapiro cuestiona la concepción predominante sobre los tribunales y brinda una perspectiva fresca al estudiarlos como parte del espectro de órganos que cumplen funciones de resolución de conflictos, creación del

⁶³ Packer (1964).

⁶⁴ Packer (1964, p. 7-9).

⁶⁵ Ver, p. ej., Luna (2004), Roach, (1999).

⁶⁶ Para un análisis crítico de los modelos de Packer ver, p. ej., Griffiths (1970). Para un estudio reciente sobre el trabajo de Packer y las principales reacciones que generó, ver Aviram (2011).

⁶⁷ Shapiro (1981, p. 1).

⁶⁸ Shapiro (1981, p. 1).

derecho y control social en cualquier tipo de sociedad. Sin embargo, esta perspectiva teórica opera dentro de la escuela funcionalista del derecho comparado que ha sido aplicada a las categorías acusatorio-inquisitivo en particular, y al proceso penal y al derecho comparado en forma más general desde, al menos, la primera mitad del siglo XX.⁶⁹ Al igual que esta vertiente funcionalista, Shapiro cuestiona la importancia del discurso legal y las formas procesales, y en su lugar se concentra en las funciones que realizan los tribunales y los procesos. Sus contribuciones son nuevas pero operan dentro de un espacio teórico que ya estaba presente en los estudios comparados.

Un quinto grupo de análisis alternativos se ha basado en una perspectiva normativa sobre el proceso penal. Estos abordajes han cuestionado la distinción acusatorio-inquisitivo y han intentado ir más allá al proponer reformas procesales o interpretaciones de textos legales procesales con base en instrumentos de derechos humanos regionales o universales, o en ciertas tradiciones procesales.⁷⁰ Estas reformas e interpretaciones han incluido, por ejemplo, propuestas de que los tribunales penales no tengan funciones investigativas o que solo la prueba producida en el juicio pueda servir como base para una condena. De acuerdo con estas posturas, uno de los problemas con las categorías acusatorio-inquisitivo es que remiten, respectivamente, a las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas. Por lo tanto, estos abordajes han considerado que las propuestas de reforma inspiradas en los modelos acusatorio e inquisitivo pueden dar lugar a reacciones nacionalistas que pueden obstaculizar las discusiones de fondo y los esfuerzos de reforma.⁷¹

Estas propuestas normativas han enriquecido la discusión a nivel nacional, regional y global sobre el modo en que debe ser estructurado el proceso penal. Por ejemplo, el trabajo de la Comisión Delmas-Marty en Francia dio lugar a un debate sobre si la figura del juez de instrucción es compatible con los estándares internacionales o europeos de debido proceso. Sin embargo, al estudiar estos modelos alternativos en detalle vemos que presentan similitudes y paralelos sustanciales con las concepciones normativas de los sistemas acusatorio e inquisitivo descritas anteriormente. De hecho, los elementos de estos modelos normativos incluyen muchos de los elementos de los modelos normativos acusatorios, tales como la distinción tajante entre las funciones de acusar y juzgar, la eliminación del juez de instrucción en la etapa preliminar, la concepción del proceso penal en términos de una “trinidad acusatoria”, el fortalecimiento de los derechos del acusado, la introducción de mecanismos de acuerdo entre la acusación y la defensa, y el fortalecimiento de los juicios orales y públicos.⁷²

⁶⁹ Sobre la escuela funcionalista del derecho comparado, ver, p. ej., Zweigert y Kötz (1998).

⁷⁰ Ver, p. ej., *La mise en état des affaires pénales. Commission justice pénale et droits de l'homme* (1991), Summers (2007).

⁷¹ Ver., p. ej., Summers (2007, p. 11-13).

⁷² Ver, p. ej., *La mise en état* (nota 69), Summers (2007).

IV. LA SOMBRA TEMÁTICA DE LAS CATEGORÍAS ACUSATORIO-INQUISITIVO

En este apartado sostendré que la sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo es aún más larga que lo señalado anteriormente. Y esto es así porque lo acusatorio y lo inquisitivo comparten con los análisis alternativos del derecho procesal penal comparado no solo las tradiciones teóricas, sino también un interés limitado a solamente ciertos aspectos del proceso penal. Mi principal argumento es que la yuxtaposición de las categorías acusatorio e inquisitivo ha resaltado a determinadas jurisdicciones y a ciertos aspectos de la administración de justicia en detrimento de otros. Por limitaciones de espacio, aquí solo puedo esbozar, más que demostrar, mis afirmaciones sobre esta cuestión.

En primer lugar, el derecho procesal penal comparado se ha interesado mayormente en entender y explicar las diferencias entre las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas. Este interés no ha sido exclusivo pero ha estado en el centro de la disciplina por mucho tiempo.⁷³ La importancia de las categorías acusatorio-inquisitivo y su asociación con las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas respectivamente, probablemente ha contribuido a perpetuar las limitaciones geográficas de este campo de pensamiento. Esta asociación le ha dado un rol central a Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania e Italia como las principales jurisdicciones que deben ser explicadas debido a que los sistemas acusatorios e inquisitivos han sido abstracciones de los procesos penales de estos países, o bien porque estas jurisdicciones son consideradas las más influyentes en el mundo o en donde se originaron los sistemas acusatorio e inquisitivo. Estas limitaciones han marginalizado a los procesos penales de países de menores recursos y países no occidentales, lo cual ha contribuido a que el derecho procesal penal comparado sea mayormente una empresa destinada a entender las diferencias dentro de los países desarrollados de Occidente, en lugar de un verdadero ejercicio global.

En segundo término, si bien el derecho procesal penal comparado ha considerado que las jurisdicciones individuales pueden ser miembros de familias jurídicas y que estas jurisdicciones individuales pueden influirse entre sí, el derecho procesal penal comparado ha puesto su interés, casi en forma exclusiva, en un proceso penal que investiga y persigue casos dentro de una única jurisdicción, generalmente dentro de un mismo Estado-nación. La persecución de casos cuyos delitos, personas o elementos probatorios se encuentran fuera de los límites de la competencia del Estado que ejerce la persecución penal ha generado interés en las disciplinas y campos de pensamiento y de reforma del derecho penal transnacional, las relaciones internacionales y el derecho internacional, pero muy poco por parte de los comparativistas del procesal penal. Esta falta de interés puede estar relacionada con el hecho de que el derecho procesal penal

⁷³ Han existido algunas excepciones a esta tendencia. Un ejemplo reciente son Paul Roberts y Jill Hunter (2012) (explorando el impacto de los derechos humanos en una amplia gama de jurisdicciones del *common law*).

comparado fue moldeado como una disciplina con lo acusatorio-inquisitivo como categorías centrales antes de que el delito transnacional se convirtiera en un fenómeno global importante. Dentro del paradigma tradicional del derecho procesal penal comparado, el objetivo ha sido explicar las diferencias en el modo en que las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas persiguen y juzgan sus propios delitos locales, más que en el modo en que las jurisdicciones pueden interactuar entre ellas en la persecución y juzgamiento de sus casos individuales.⁷⁴

Tercero, el derecho procesal penal comparado se ha centrado en perspectivas de derecho positivo, institucionales y de rol. Este espacio de pensamiento se ha interesado en su mayor parte en explicar por qué las jurisdicciones anglosajonas y continental-europeas presentan distintas normas e instituciones para perseguir y juzgar el delito, y por qué a los fiscales, jueces, abogados defensores y otros actores se les asigna roles distintos en cada clase de jurisdicción. También se ha dedicado a explicar cuáles pueden ser los principios o fundamentos que subyacen a cada una de estas diferentes regulaciones de derecho positivo, institucionales y de rol, y en evaluar cuáles son las más atractivas.⁷⁵ Sin embargo, ha explorado muy poco otras cuestiones, como, por ejemplo, en qué medida y por qué los procesos penales en diferentes jurisdicciones tienen los mismos o diferentes clases de “clientes” (ej. víctimas, acusados, testigos, peritos etc.). Una vez más, esto puede ser el resultado de que la comparación entre sistemas acusatorios e inquisitivos pone de relieve determinadas diferencias de derecho positivo, institucionales y de rol, en detrimento de muchas otras posibles diferencias y puntos en común que presentan las prácticas de la justicia penal en distintas jurisdicciones.

En cuarto lugar, a pesar de su perspectiva institucional y de rol, la doctrina y los estudios comparados sobre el proceso penal han mostrado interés básicamente en un limitado conjunto de instituciones y actores de la justicia penal —aquellos relacionados con el proceso formal de persecución y juzgamiento—. Nuevamente, esto puede ser el resultado de que la comparación de los procesos acusatorio e inquisitivo resalta las diferencias entre determinadas instituciones y actores, como la fiscalía, los tribunales y los abogados, en lugar de otras como la policía, las oficinas que controlan a los sometidos a suspensión del juicio a prueba y los procedimientos posteriores a la condena y a los recursos, por mencionar solo algunas posibilidades.

Por ejemplo, el derecho procesal penal comparado ha hecho muy poco para explicar a la policía como institución. Sin lugar a dudas, las facultades y regulaciones legales de la policía suelen ser tratadas por los análisis comparados del proceso penal.⁷⁶ Pero es muy poco lo que sabemos sobre el diferente modo de operar de las fuerzas policiales en

⁷⁴ Para una excepción a esta afirmación en donde se hace un análisis comparado de este tipo de cuestiones, ver, Keitner (2011).

⁷⁵ Un ejemplo de buena calidad de este tipo de descripción y análisis de derecho positivo, institucional y de rol: Delmas-Marty y Spencer (2002).

⁷⁶ Ver, p. ej., Bradley (2007), Thaman (2008).

el proceso penal en relación con los distintos grupos sociales, cómo están demográficamente compuestos los departamentos policiales e incluso cómo están estructurados como organización en distintas jurisdicciones.⁷⁷ Este limitado interés y análisis sobre la policía puede ser una consecuencia de que en todo el mundo esta es, por definición, inquisitiva, en el sentido de que investiga casos por iniciativa propia. Por lo tanto, es posible que la oposición acusatorio-inquisitivo no sea la más adecuada para despertar el interés y estudio sobre todas las distintas configuraciones que estas instituciones inquisitivas pueden tener.

V. TRASCENDIENDO LA LARGA SOMBRA DE LAS CATEGORÍAS ACUSATORIO-INQUISITIVO

En este trabajo he identificado las principales tradiciones teóricas del derecho procesal penal comparado, así como los principales temas en los que se ha interesado. Pero estas limitaciones teóricas y temáticas no son exclusivas de este campo del pensamiento, del saber y de las políticas públicas. Toda disciplina utiliza un conjunto limitado de tradiciones teóricas y tiene su propio grupo de temas centrales. De hecho, en comparación con otras disciplinas y espacios de pensamiento, el derecho procesal penal comparado ha trabajado con un amplio espectro de escuelas teóricas que le han permitido producir valiosos conocimientos y perspectivas para comprender y analizar el proceso penal.

Sin embargo, si el derecho procesal penal comparado pretende ampliar y profundizar su conocimiento y análisis del proceso penal, debe entonces trascender las categorías acusatorio-inquisitivo y su larga sombra. La idea de este trabajo es que la identificación de estos temas y tradiciones teóricas contribuya a que la doctrina y otros analistas, los actores e instituciones de la justicia penal y los responsables de las políticas públicas en esta materia logren trascender al menos algunas de estas limitaciones, de manera tal que el derecho procesal penal comparado sea un ámbito de investigación, análisis y reforma aun más sólido y fructífero.

Existen muchos caminos mediante los cuales se puede superar la sombra de estas categorías. Aquí solo voy a delinear algunos posibles. Como punto de partida es importante distinguir entre los niveles positivo y normativo. Si bien hay suficiente espacio para ambos tipos de análisis bajo el gran paraguas del derecho procesal penal comparado, los niveles positivo y normativo presentan diferentes tipos de cuestiones, métodos y desafíos que deben ser abordados por separado. De hecho, uno de los problemas con algunos de los modos en que se han usado las categorías acusatorio-inquisitivo es que con frecuencia se han confundido estos dos niveles.

⁷⁷ Una notable excepción es el trabajo de David. H Bayley al cual la doctrina del derecho procesal penal comparado le ha prestado poca atención. Ver su obra: *Patterns of policing* (1990) y *changing the guard. Developing democratic police abroad* (2006). Ver también Ambos, Gómez y Vogler (2003).

En el plano positivo hay al menos tres cuestiones para tener en cuenta. Primera, como ya expliqué, una vertiente muy importante del derecho procesal penal comparado se ha basado fuertemente en modelos para analizar el proceso penal. No hay dudas de que estas herramientas le han permitido al derecho procesal penal comparado articular diferentes concepciones del proceso penal, analizar las normas culturales predominantes así como también las dinámicas institucionales en jurisdicciones específicas, identificar diferentes marcos epistemológicos sobre la verdad en el proceso penal, y explorar el tipo de relación entre estas concepciones procesales y los distintos tipos de sociedades, marcos epistemológicos y sistemas políticos.

No obstante, estos modelos son menos capaces de producir otro tipo de conocimiento positivo porque son modelos multidimensionales. En otras palabras, los sistemas o tipos ideales del derecho procesal penal comparado aluden a múltiples características del proceso penal a la vez, tal como ocurre con la inclusión en estos modelos o sistemas opuestos de rasgos tales como la discrecionalidad versus la obligatoriedad en la persecución penal, las declaraciones de culpabilidad que pueden terminar con la fase de juzgamiento (*guilty pleas*) versus la ausencia de esta clase de declaraciones, el tribunal como un árbitro pasivo o como un investigador activo, la recolección de pruebas en manos de las partes versus en manos de un órgano imparcial, los jurados legos versus los jueces profesionales, las audiencias orales versus el expediente escrito, los procedimientos públicos versus secretos, el proceso penal concentrado versus el proceso penal secuencial, entre otros.

Además, aun cuando estos múltiples rasgos del proceso penal son reducidos a unas pocas variables subyacentes, estas variables por lo general siguen siendo múltiples. Por ejemplo, lo acusatorio y lo inquisitivo suelen ser definidos usando dos grupos de variables opuestas, tales como disputa entre partes versus investigación imparcial única y proceso concentrado versus proceso secuencial. E incluso cuando estas variables subyacentes son claramente separadas entre sí como variables independientes, cada una de ellas suele ser de por sí multidimensional. En este sentido, para tomar un ejemplo sofisticado, esto es lo que ocurre con los modelos de la coordinación y de la jerarquía de Damaška que incluyen cada uno de ellos no una sino tres variables: decisores legos versus decisores profesionales, relaciones horizontales versus relaciones verticales entre los que deciden y estándares comunitarios versus reglas técnicas de adjudicación.

No es que pretenda descartar los modelos multidimensionales. El derecho procesal penal comparado ha podido producir mucho conocimiento positivo sustancial a través de ellos y debe seguir utilizándolos cuando sean apropiados para describir o analizar un fenómeno determinado. El problema con las construcciones multidimensionales es que pueden ser variables independientes y dependientes problemáticas para analizar ciertos fenómenos.

Por ejemplo, si queremos investigar qué produce distintos niveles de prisión preventiva en diferentes jurisdicciones o países es insuficiente y hasta problemático decir que la causa principal del uso de la prisión preventiva es el sistema inquisitivo, dado

que este sistema incluye múltiples rasgos procesales. ¿Es la existencia de jueces de instrucción, el uso de expedientes, la falta de audiencias durante la investigación preliminar, las disposiciones legales específicas sobre la libertad durante el proceso, o la ausencia de declaraciones de culpabilidad del acusado que disponen de la fase de juzgamiento, las que determinan los distintos niveles de prisión preventiva en diferentes jurisdicciones? ¿Son todas estas variables, solo algunas de ellas o ninguna de ellas las que afectan los niveles de prisión preventiva? Si agregamos todas estas variables en un modelo multidimensional inquisitivo, no es posible contestar estas preguntas de modo riguroso y persuasivo.

O supongamos que queremos estudiar si determinadas características específicas del proceso penal en un conjunto de países tienen efecto respecto a la clase de imputados contra los cuales estos países inician procesos judiciales por crímenes internacionales con base en la jurisdicción universal (definidos en un espectro continuo de individuos políticamente poderosos o débiles). Si describimos al proceso penal en cuestión utilizando modelos multidimensionales puede ser imposible saber cuáles características del proceso penal tienen efecto respecto a la clase de imputados contra los que se inician los procesos judiciales. ¿Se pueden explicar los diversos patrones de persecución penal en distintos países por diferencias en el grado de discrecionalidad fiscal para ejercer la persecución penal, por las reglas probatorias que tienen estos países, por la posibilidad de que la víctima sea parte en el proceso penal, o por ninguna de ellas? A menos que identifiquemos y analicemos cada variable individual por separado, será imposible responder a estas preguntas adecuadamente.⁷⁸

La segunda cuestión a tener en cuenta es si el derecho procesal penal comparado debería relacionarse con una gama más extensa de disciplinas teóricas, a fin de ampliar y trascender los temas principales que ha estudiado. En este sentido, para superar su concentración predominante en los países desarrollados de Occidente y su relativa falta de interés en el modo en que el proceso penal afecta a la persecución transnacional del delito, el derecho procesal penal comparado podría relacionarse más profundamente y utilizar más herramientas y perspectivas de las literaturas sobre la globalización del derecho, las relaciones internacionales y los estudios sobre postcolonialismo, por mencionar solo tres posibles ejemplos.⁷⁹

Para ampliar y trascender su análisis de derecho positivo e institucional, el derecho procesal penal comparado podría relacionarse más profundamente con las literaturas sobre derecho y economía, ciencias políticas, criminología y sociología. Por ejemplo, y siguiendo las tradiciones teóricas descritas en las secciones previas, el derecho procesal

⁷⁸ Por este motivo no utilicé las categorías acusatorio-inquisitivo u otros modelos multidimensionales similares como variables independientes en Langer (2011), en donde sostengo que el grado de control del poder ejecutivo sobre la decisión de iniciar o no formalmente un proceso ha influido en el tipo de acusados contra los cuales estos procesos han sido iniciados.

⁷⁹ Para intentos de análisis comparados del procesal penal para relacionarse con y utilizar herramientas y perspectivas de estas literaturas, ver Langer (2004; 2007; y 2011).

penal comparado ha analizado si efectivamente y de qué manera, las normas institucionales acusatorias e inquisitivas han moldeado la discrecionalidad en la persecución penal y cómo los fiscales han ejercido esa discrecionalidad en distintas jurisdicciones.⁸⁰ Un buen número de estudios de derecho y economía y ciencias políticas más bien tenderían a concentrarse en la estructura de incentivos que tienen las legislaturas, los poderes ejecutivos y los jueces para otorgar discrecionalidad a los fiscales, así como en los incentivos de los propios fiscales para ejercer esa discrecionalidad de un modo concreto.⁸¹ A fin de trascender su propia visión institucional predominante, los análisis comparados del procesal penal podrían relacionarse más profundamente con la criminología y la sociología que se focalizan en quiénes son los “clientes” de las instituciones públicas, y el modo en que las cuestiones de clase, raza, etnia, género, edad y estatus migratorio inciden en el funcionamiento del proceso penal. Vale la pena repetir una vez más que la idea no es que los análisis comparados del proceso penal abandonen completa o sustancialmente sus perspectivas preexistentes, sino que complementen estas perspectivas con otras que pueden enriquecer aún más nuestro conocimiento y análisis del proceso penal.

El tercer tema que merece consideración es de índole metodológica. El derecho procesal penal comparado ha sido muy sólido en la producción de estudios con base en el análisis jurídico, la investigación histórica de archivo, entrevistas con los operadores del sistema de justicia penal y la observación directa de las prácticas judiciales.⁸² Sin embargo, ha hecho muy poco en término de métodos cuantitativos.⁸³ Nuevamente, no se trata de descartar toda metodología empírica que no sea cuantitativa y no utilice regresiones multivariantes, tal como han hecho ciertas vertientes de otras disciplinas. Por el contrario, la idea es expandir el conjunto de herramientas metodológicas y abordajes de modo tal que los estudios cuantitativos sean un complemento de aquellos cualitativos.⁸⁴

En el plano normativo es importante que distingamos entre la forma y la sustancia. Los sistemas acusatorio e inquisitivo son dos formas de implementar los principios y fines del proceso penal, pero no deberían ser confundidos con aquellos. En vez de comenzar por preguntarnos cuál de los sistemas es normativamente superior al otro, convendría plantearnos cuáles deberían ser los principios y fines del proceso penal, y luego discutir cuál sería la mejor forma de implementarlos en jurisdicciones específicas. Si bien han existido algunos intentos por encauzar la discusión de esta manera, estos intentos todavía son incipientes y muy pocos.⁸⁵

⁸⁰ Ver, p. ej., Abraham S. Goldstein y Martin Marcus (1977), Langbein y Weinreb (1978).

⁸¹ Para análisis comparados del comportamiento de los fiscales con base en sus incentivos, ver Garoupa (2012), Langer (2011).

⁸² Ver, p. ej., Hodgson (2005), Johnson (2001), Langbein (2003), Langer (2007).

⁸³ Una rara excepción: Feeney (1998).

⁸⁴ Para un intento de integrar los métodos cuantitativo y cualitativo con modelos del derecho procesal penal comparado, ver Langer y Doherty (2011).

⁸⁵ Ver Duff, Farmer, Marshall y Tadros (2007), Ferrajoli (2009), Jackson (2005), Jackson y Summers (2012), Roberts (2006).

VI. CONCLUSIÓN

En este trabajo he analizado las categorías acusatorio-inquisitivo a fin de indagar sobre el estado actual del derecho procesal penal comparado, no solo como disciplina de investigación y análisis, sino también como espacio de pensamiento y de reforma sobre el proceso penal. En forma somera, describí algunos de los conocimientos y perspectivas que esta disciplina, campo de pensamiento y reforma han producido, así como también las limitaciones teóricas y temáticas que presentan. Estas limitaciones han sido parcialmente reflejadas y producidas por las categorías acusatorio-inquisitivo. Por ende, para que el derecho procesal penal comparado expanda sus horizontes debe trascender las categorías acusatorio-inquisitivo sin dejar de lado ni olvidar todo lo que estas categorías y su larga sombra nos han permitido ver y hacer.

Referencias

AMBOS, K.; GÓMEZ, J. L.; VOGLER, R. (Edits.). *La policía en los estados de derecho latinoamericanos: un proyecto internacional de investigación*. Bogotá D. C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

AMODIO, E.; SELVAGGI, E. An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure. *Temple Law Review*, 62(4), 1211-1224, Invierno de 1989.

AVIRAM, H. Packer in Context: Formalism and Fairness in the Due Process Model. *Law & Social Inquiry*, 36(1), 237-261, Invierno de 2011.

BRADLEY, C. M. (Ed.). *Criminal procedure. A Worldwide Study* (Segunda ed.). Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2007.

BAYLEY, D. *Patterns of policing*. New Brunswick, New Jersey: Rutgers University Press, 1990.

_____. *Changing the guard. Developing democratic police abroad*. New York: Oxford University Press, 2006.

BINDER, A. *Justicia penal y estado de derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1993.

CHIFFOLEAU, J. Avouer l'inavouable: l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge. In: DULONG, R. *L'Aveu: Histoire, sociologie, philosophie*. Paris: Droit et justice, 2001. p. 57-98.

DAMAŠKA, M. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Law Review, 1973.

_____. *The death of legal torture*. New Haven, Connecticut: Yale Law Journal, 1978.

_____. Adversary System. In: KADISH, S. (Ed.) *The encyclopedia of crime and justice*. New York: The Free Press, 1984. p. 24 ss.

DAMAŠKA, M. *The faces of justice and state authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence. A Comparative View. In: CLARK, D. (Ed.) *Comparative and Private International Law*. Essays in honor of John Merryman on his seventieth birthday. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

_____. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

_____. Truth in Adjudication. *Hastings Law Journal*. San Francisco: University of California, 49, 288-308, 1998.

_____. Models of Criminal Procedure. *Zbornik (Collected Papers of Zagreb Law School)*. Zagreb: University of Zagreb Law School, 51, 477 y ss, 2001.

_____. The Quest for Due Process in the Age of Inquisition. *American Journal of Comparative Law*. Michigan: Universidad de Michigan, 60(4), 919-954, 2012.

DELMAS-MARTY, M.; SPENCER, J. R. (Edits.). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

DUBBER, M. D. The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology. *American Journal of Comparative Law*, 43(2), 227-272, (Primavera de 1995).

DUFF, A.; FARMER, L.; MARSHALL, S.; TADROS, V. (Edits.). *The trial on trial*. Portland. Oregon: Hard Publishing, 2007.

ELLISON, L. The Protection of Vulnerable Witnesses: an Anglo-Dutch Comparison. *International journal of evidence and proof*, 3, 29-43, 1993.

ESMEIN, A. *Histoire de la procedure criminelle en france*. Paris: L. Larose et Forcel Libraires-Éditeurs, 1882.

FEENEY, F. F. *German and American prosecutions: an approach to statistical comparison*. California: Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice, 1998.

FELDMAN, D. England and Wales. In: BRADLEY, C. M. (Ed.) *Criminal procedure. a worldwide study*. Durham: Carolina Academic Press, 2007. p. 149-196.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 10. ed. Roma: Editori Laterza, 2009.

FIELD, S. State, Citizen, and Character in French Criminal Process. *Journal of Law and Society*, 33(4), 522-546, Diciembre 2006.

FRASE, R. S. Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do it, How Can We Find Out, and Why Should We Care? *California Law Review*, 78, 545-682, Mayo 1990.

_____; WEIGEND, T. German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions? *Boston College International and Comparative Law Review*, 18(2), 317-360, Ago. 1995.

- GANE, C. H. W. Classifying Scottish Criminal Procedure. In: DUFF, P.; HUTTON, N. (Edits.) *Criminal Justice in Scotland*. London: Dartmouth Publishing Co Ltd., 1999. p. 56 ss.
- GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, J. *Juger en Amérique et en France: culture juridique française et common law*. Paris: Editions Odile Jacob, 2003.
- GAROUPA, N. M. The Economics of Prosecutors. In: HAREL, A.; HYLTON, K. N. (Edits.) *Research handbook on the economics of criminal law*. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing Ltd., 2012. p. 231-242.
- GARRAUD, R. *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*. Paris: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais, 1907, v. 1.
- GOLDBACH, T. S.; BRAKE, B.; KATZENSTEIN, P. J. The Movement of U.S. Criminal and Administrative Law: Processes of Transplanting and Translating. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20, 141 y ss, Enero 2013.
- GOLDSTEIN, A. S. Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure. *Stanford Law Review*, 26(5), 1009-1025, Mayo 1974.
- _____; MARCUS, M. The Myth of Judicial Supervision in Three 'Inquisitorial' Systems: France, Italy, and Germany. *The Yale Law Journal*, 87, 1549-1569, Julio 1978.
- GRANDE, E. Comparative Criminal Justice. In: BUSANI, M.; MATTEI, U. (Edits.) *The Cambridge companion to comparative law*. New York: Cambridge University Press, Oct. 2012, p. 191 ss.
- _____. Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance. *American Journal of Comparative Law*, 48, 227-260, 2000.
- GRAY, C. M. et al. *Even*. The privilege against self-incrimination. Its origins and development. Chicago: University of Chicago Press, 1997.
- GRIFFITHS, J. Ideology in Criminal Procedure or A Third "Model" of the Criminal Process. *The Yale Law Journal*, 79(3), 359-417, Mar. 1970.
- H. An Account of the Criminal Law, Criminal Courts, and Criminal Procedure of Germany; With Notices of the Principal Writers on Penal Jurisprudence, and the Principle Theories of Penal Legislation Prevailing There. *Law Magazine Quarterly Review of Jurisprudence*, 11, 1, 1834.
- HÉLIE, F. *Traité de l'instruction criminelle: ou théorie du Code d'instruction criminelle*. Paris: Charles Hingray, Linraire-Éditeur, 1855. v. V.
- HELMOLZ, R. H. et al. *The privilege against self-incrimination*. Its origins and development. Chicago: University of Chicago Press, 1997.
- HERMANN, J. Various Models of Criminal Proceedings. *South African Journal of Criminal Law and Criminology*, 2(1), 3-19, 1978.
- HODGSON, J. *French criminal justice*. A comparative account of investigation and prosecution of crime in France. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.

IONTCHEVA TURNER, J. Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. *American Journal of Comparative Law*, 94, 501-568, Junio 2006.

JACKSON, J. D. The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Convergence, Divergence or Realignment? *Modern Law Review*, 68(5), 737-764, Sept. 2005.

_____; LANGER, M.; TILLERS, P. (Comps.). *Crime, procedure and evidence in a comparative context: essays in honor to Mirjan Damaška*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

_____; SUMMERS, S. J. *The Internationalization of criminal evidence*. Beyond the common law and civil law traditions. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

JOHNSON, D. T. *The Japanese way of justice*. Prosecuting Crime in Japan. New York: Oxford University Press, 2001.

JÖRG, N.; FIELD, S.; BRANTS, C. Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging? In: FENNELL, P. et al. (Comps.) *Criminal justice in Europe*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

KAGAN, R. A. *Adversarial legalism: The american way of the law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

KEITNER, C. Rights Beyond Borders. *Yale Journal of International Law*, 36, 55-114, Dic. 14 de 2010.

KÉRY, L. Inquisitio – denunciatio – exception: Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung im Dekretalenrecht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. Weimar: Böhlau, 2004. p. 226 ss.

LACEY, N.; ZEDNER, L. Community in German Criminal Justice: A Significant Absence? *Social & Legal Studies*, 7(1), 7-25, Mar. 1998.

LANGBEIN, J. *Torture and the law of proof*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

_____. The criminal Trial Before the Lawyers. *University of Chicago Law Review*, 45(2), 263-316, 1978.

_____. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, 46, 3-22, 1978.

_____; WEINREB, L. L. Continental Criminal Procedure: 'Myth' and Reality. *Yale Law Journal*, 87(8), 1549-1569, Julio de 1978.

_____. Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need? *American Bar Foundation Research Journal*, 195-219, Invierno de 1981.

_____. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LANGER, M. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglo-sajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, J.; BOVINO, A. (Comps.) *Procedimiento Abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 97-135.

LANGER, M. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, 45(1), 1-64, Enero de 2004.

_____. The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law. *American Journal of Comparative Law*, 53(4), 835-909, Otoño de 2005.

_____. Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure. *American Journal of Criminal Law*, 33, 223 ss, Julio de 2006.

_____. Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery. *American Journal of Comparative Law*, 55, 617-676, 2007.

_____. The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes. *American Journal of International Law*, 105(1), 1-49, 2011.

_____; JACKSON, J.; TILLERS, P. (Edits.). *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context*. Essays in honor of professor Mirjan Damaška. Oxford: Hart Publishing, 2008.

_____; DOHERTY, J. W. Managerial Judging Goes International, but its Promise Remains Unfulfilled: An Empirical Assessment of the ICTY Reforms. *Yale Journal of International Law*, 36(2), 241-305, 2011.

_____; ROACH, K. Rights in the criminal process: a case study of convergence and disclosure rights. In: TUSHNET, M.; FLEINER, T.; SAUNDERS, C. (Edits.) *Routledge Handbook on Constitutional Law*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, Octubre 11 de 2013. p. 273-283.

LOTTE K. Inquisitio – denunciatio – exception: Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung im Dekretalenrecht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. Weimar: H. Böhlau, 2001. p. 226-268.

LUBAN, D. *Lawyers and Justice: an ethical study*. Princeton, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1988.

LUNA, E. A Place for Comparative Criminal Procedure. *Brandeis Law Journal*, 42, 277 ss, Invierno de 2004.

_____; WADE, M. (Edits.). *The prosecutor in transnational perspective*. New York: Oxford University Press, 2012.

MAIER, J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.

MACLEOD, A. Exporting U.S. Criminal Justice. *Yale Law & Policy Review*, 29, 83 ss, 2010.

MARKOVITS, I. Playing the Opposite Game: On Mirjan Damaška's The Faces of Justice and State Authority. *Stanford Law Review*, 41, 1313 ss, 1989.

MENKEL-MEADOW, C. The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World. *William & Mary Law Review*, 38, 5-44, 1996.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Commission Justice Pénale et Droits de L'homme. *La Mise en État des Affaires Pénales*. Paris, 1991.

MITTERMAIER, K. *Das deutsche Strafverfahren*. Heidelberg: Mohr, 1832.

_____. *Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*. Darmstadt: J. W. Heyer, 1834.

_____. *Theorie des Beweises im peinlichen Prozesse*. Darmstadt: Johann Wilhelm Heyer, 1809.

MORGAN, E. M. Some Observations Concerning Presumptions. *Harvard Law Review*, 44(6), 906-934, Abril de 1931.

NELKEN, D. (Ed.). *Comparing legal cultures*. Hanover, Nuevo Hampshire: Dartmouth Pub Co., 1997.

_____. *Contrasting criminal justice*. Farnham, Surrey, United Kingdom: Ashgate Publishing, 2000.

_____. *Comparative criminal justice: making sense of difference*. Los Ángeles: Sage Publications, 2010.

SHERIDAN, C. Excluding Coerced Witness Testimony to Protect a Criminal Defendant's Right to Due Process of Law and Adequately Deter Policy Misconduct. *Fordham Urban Law Journal*, 38, 1221-1266, 2011.

PACKER, H. L. Two Models of Criminal Procedure. *University of Pennsylvania Law Review*. 113(1), 1-68, Noviembre de 1964.

PADOA SCHIOPPA, A. I Filosopes e la Giuria Penale. *Nuova Rivista Storica*, LXX, 107-146, 1986.

PASHUKANIS, E. *Selected Writings on Marxism and Law* (P. B. Maggs, Trad.). London: Academic Press Inc., 1980.

PENNINGTON, K. *The prince and the law, 1200-1600: Sovereignty and rights in the western legal tradition*. California: University of California Press, 1993.

_____. The Jurisprudence of Procedure. In: HARTMANN, W.; PENNINGTON, K. (Edits.) *The history of courts and procedure in medieval canon law* (en prensa), 2014.

PIZZI, W. T. Understanding Prosecutorial Discretion in the United States: The Limits of Comparative Criminal Procedure as an Instrument of Reform. *Ohio State Law Journal*, 54, 1325-1373, Otoño de 1993.

_____. *Trials without truth*. New York: New York University Press, 1999.

POSNER, R. A. An Economic Approach to the Law of Evidence. *Stanford Law Review*, 51(6), 1477-1546, Julio de 1999.

RASSAT, M. *Procédure pénale*. Paris: Ellypses Édition Marketing, 2010.

ROACH, K. Four Models of the Criminal Process. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 89(2), 671-716 2010, Invierno de 1999.

_____. Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 35, 387-446, Junio de 2010.

ROBERTS, P. On Method: The Ascent of Comparative Criminal Justice. *Oxford Journal of Legal Studies*, 22, 539-561, 2002.

_____. Theorising Procedural Traditional: Subjects, Objects and Values in Criminal Adjudication. En *The Trial on Trial*. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 37-64.

_____; HUNTER, J. (Edits.) *Criminal evidence and human rights*. Portland, Or.: Hart Publishing, 2012.

ROSS, J. E. The Place of Covert Surveillance in Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany. *American Journal of Comparative Law*, 55, 493-579, Verano de 2007.

SCHÜNEMANN, B. Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? – Zur empirischen Bestätigung von Perserveranz – und Schulterschlußeffekt. In: BIERBRAUER, Günther; GOTTWALD, Walter; BIRNBREIER-STAHLEBERGER, Beatrix (Comps.). *Verfahrensgerechtigkeit*. Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis, 1995. p. 215 ss).

_____. Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells. In: WESSLAU, Edda; WOHLERS, Wolfgang (Comps.). *Festschrift für Gerhard Fezer*. Berlin: De Gruyter Recht, 2008. p. 555-576.

SHAPIRO, M. *Courts. A comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.

SHERIDAN, K. Excluding Coerced Witness Testimony to Protect a Criminal Defendant's Right to Due Process of Law and Adequately Deter Policy Misconduct. *Fordham Urban Law Journal*, 38(4), 1219-1266, 2010.

SKLANSKY, D. A. Anti-Inquisitorialism. *Harvard Law Review*, 122, 1634-1704, 2008.

SUMMERS, S. *Fair Trials. The European criminal procedure tradition and the European court of human rights*. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.

THAMAN, S. *Comparative criminal procedure: a casebook approach*. 2. ed. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2008.

VAN KESSEL, G. European Perspectives on the Accused as a Source of Testimonial Evidence. *West Virginia Law Review*, 100, 799 ss, 1998.

VAN KOPPEN, P. J.; PENROD, S. D. (Edits.). *Adversarial versus inquisitorial justice: psychological perspectives on criminal justice systems*. New York, London: Kluwer Academic/Plenum Publishers, 2003.

VOGLER, R. *A world view of criminal justice*. Aldershot [u.a.]: Ashgate, 2005.

WEIGEND, T. Should We Search for the Truth, and Who Should Do It? *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 36, 389-414, Invierno de 2011.

WEINREB, L. L. *Denial of justice: criminal process in the United States*. New York: Free Press, 1977.

WHITMAN, J. Q. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. *Yale Law Journal*, 113, 1151-1221, Abril de 2004.

_____. Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads. *Journal of Legal Analysis*, 1(1), 119-165, Enero de 2009.

ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *An introduction to comparative law*. 3. ed. (T. Weir, Trad.) Oxford: Oxford University Press, 1998.

Casos

Colorado v. Connelly (1986) 479 U.S. 157.

Fitt v. United Kingdom (29777/96), (2000) 30 E.H.R.R. 480, § 44.

Kennedy v. United Kingdom (26839/05), (2011) 52 E.H.R.R. 4, § 184.

Kostovski v. The Netherlands (11454/85), (1989) 12 E.H.R.R. 434, § 41.

Rogers v. Richmond, (1961) 365 U.S. 534, 81 S.Ct. 735, 5 L.Ed.2d 760.

Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC], nº 28901/95, ECHR 2000-II, § 60.

Como citar este artigo:

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 11-42, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.2>

LA IMPORTACIÓN DE MECANISMOS CONSENSUALES DEL PROCESO ESTADOUNIDENSE, EN LAS REFORMAS PROCESALES LATINOAMERICANAS

Gabriel Ignacio Anitua¹

RESUMEN

En este artículo se analiza el sistema de la *plea bargaining* y su adopción por parte de algunos países europeos y latinoamericanos, en las reformas de sus leyes procesales penales. Con este fin, puntúa el movimiento de reforma por el que pasaron algunos países europeos y latinoamericanos, señalando una motivación de política criminal para justificar la importación del Instituto, característico del modelo adversarial estadounidense, y conclui tratarse de una práctica que, para facilitar la aceleración de la respuesta del Estado, con la contribución de los acusados y de la eliminación del proceso, implementa un modelo procesal punitivista y típico de los sistemas autoritarios.

PALABRAS CLAVE: Mecanismos Consensuales. Política Criminal. Plea Bargaining. Reformas procesales.

ABSTRACT

This article analyzes the institution of plea bargaining and its adoption by some European and Latin-Americans when the reforms of their criminal procedural laws. In this goal, punctuating the reform movement through which they passed some European countries and Latin-American countries, notes a motivation of criminal policy to justify the import of characteristic Institute of American adversarial model, and the review stating it is a practice that, to facilitate the acceleration of state response through the contribution of the accused and the suppression process, implements punitivista character process model and seems typical of authoritarian systems.

¹ Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona); Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

KEYWORDS: Consensual mechanisms. Criminal Policy. Plea Bargaining. Procedural Reforms.

Desde fines de la década de los ochenta y durante la de los noventa del siglo XX se han implementado importantes reformas en el proceso penal de los Estados latinoamericanos (y también en países europeos como Italia, España y Portugal).

Muchas de ellas pretendían mejorar sistemas procesales penales aún sumergidos en el sistema inquisitivo, muy poco reformado de acuerdo a las premisas de los códigos del siglo XIX. A fines de aquel siglo el modelo a imitar por los países del ámbito iberoamericano era el Código procesal francés, con una instrucción secreta y un juicio oral de mayor contenido acusatorio. Esa fue la inspiración de la ley procesal española aún parcialmente vigente. Y luego también de casi todos los códigos procesales latinoamericanos, que fueron adoptando tal modelo lentamente en el siglo XX.

Tan lentamente se realizó tal proceso que en muchos sitios esta adopción de los códigos llamados “mixtos” será coetánea con las reformas que mencionaré en un aspecto particular. Es así que hacia fines del siglo XX los procedimientos penales de la península ibérica y latinoamericanos serán reformados.

Como se señalaba, las primeras premisas de dichas reformas aparecieron vinculadas con los procesos de “transición” o de “democratización”, que lógicamente debían de tener una consecuencia política criminal y sobre los derechos humanos. En el ámbito procesal, y así como la política criminal autoritaria se identifica con el modelo inquisitivo, dicha política criminal democrática pretendía tender hacia el acusatorio.

Sin embargo, a poco de andar en esa dirección político criminal, una nueva premisa se convertiría en la bandera de las reformas ya iniciadas. El nuevo *leit motiv* sería el de la “eficacia” de las funciones penales. Esto afectaría a toda la política criminal, que abandonarían las pretensiones democráticas, y se manifestaría principalmente en las políticas policiales y en las ahora llamadas de “seguridad ciudadana”.

Los Estados a los que se hace referencia son desapoderados de todo poder fáctico desde fin de siglo, y sólo mantienen el poder penal o la fuerza. Pretenderán entonces aplicar ese poder frente a cualquier conflicto emergente. El modelo a imitar en todas estas políticas criminales erráticas y perjudiciales, será el de los Estados Unidos de América.

En el plano de la reforma procesal penal, también el modelo anglosajón será influyente. Sin embargo, no se tomará dicho modelo como un todo (lo que no hubiera sido del todo erróneo en algunas constituciones latinoamericanas), sino que se le solicitarán prestadas algunas medidas aisladas, muchas veces denominadas “parches”, “salvavidas” o “ruedas de auxilio” de otros sistemas que reconocen un origen totalmente diverso (el ya mencionado modelo francés). Se conformará entonces un híbrido del sistema continental europeo al que se le injertan aportes anglosajones; y se desvirtúa así tanto a uno como al otro, volviéndose las más de las veces a las viejas prácticas inquisitivas que se pretendían erradicar desde hace por lo menos 100 años.

Es por ello que esa importación de instituciones estadounidenses aparece como menos evidente. Aunque igualmente tendrá importantes consecuencias. También se hace menos evidente puesto que se sigue declamando la adopción de un sistema acusatorio basado en la legalidad, pero se reclama haberlo “simplificado”.

La necesidad de “simplificar” el proceso penal mixto, o inquisitivo reformado viene fundamentada en que el mismo no puede dar respuesta, al menos no en tiempo oportuno, a la cantidad de causas que resulta necesario atender. Es para lograr estos objetivos que se intenta regular un procedimiento de imposición de condenas más sencillo. Con acierto se ha dicho que “uno de los usos de la palabra simplificación del proceso, en ciertos contextos concretos de la discusión de la política criminal, puede esconder una visión profundamente autoritaria del proceso penal”.²

Efectivamente, la búsqueda de los objetivos estatales desmedidos (aquellos hechos señalados por la criminalización primaria) son los que tornarán necesario contar con la colaboración del acusado, a quien se debe forzar para que deje de ejercer sus derechos. La promesa de imponerle en forma directa y sin juicio una pena que sería menor a la que se le podría imponer de optar por ejercer sus derechos, es la vía utilizada para obligar al acusado a “colaborar” acordando con la acusación. Los “acuerdos” así obtenidos representan un golpe mortal contra la estructura del juicio penal en un Estado de derecho liberal.³

Sin embargo, este tipo de mecanismos “simplificadores” han sido adoptados por todos los Estados que, en medio de procesos políticos de “transición a la democracia”, han querido construir justamente “Estados de derecho”.

La “conformidad” con la pena por parte del acusado tras el acuerdo con quien detente la pretensión estatal remite a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición.⁴ Estos mecanismos simplificadores no solucionan el problema de la ineficacia, sino que lo ocultan. Estos mecanismos “simplificadores” no son “otra cosa que la renuncia a principios fundamentales del sistema penal y, por la otra, no constituyen remedio alguno para la ineficacia del procedimiento penal, sino tan sólo paliativos que, la mayoría de las veces y casi exclusivamente, intentan ocultar esa ineficacia”.⁵

² BINDER, Alberto. Límites y posibilidades de la simplificación del proceso. In: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993, p. 67.

³ SCHUNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)” In: *Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n° 8, Madrid, C.G.P.J., 1991 (trad. del original del mismo año, Silvina Bacigalupo), también publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, tomo 8/A. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995 (trad. del original de 1989 Perfecto Andrés Ibáñez y otros), p. 748.

⁵ MAIER, Julio B. J. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? In: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* n° 1, Buenos Aires, Di Plácido, 2000, 271.

No obstante han sido adoptados en las últimas décadas, con diversa amplitud y alcance, por diferentes Estados. Así, en España en la reforma de 28 de diciembre de 1988 se impone con el nombre de *conformidad*; en Portugal en el nuevo Código Procesal Penal de 1987, el *consenso*; y en el ámbito latinoamericano, en la década del noventa en Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil, El Salvador así como en los regímenes procesales penales argentinos (en 1992 Córdoba, en 1993 Santa Fe, en 1994 Tierra del Fuego, en 1997 el Estado federal, en 1998 Buenos Aires etc.), se adoptaron formas procedimentales en las que se puede arribar a una pena luego del allanamiento del imputado a la pretensión del fiscal llamándose en todos estos casos *juicio o procedimiento abreviado*.⁶

El modelo a imitar por todas estas legislaciones es el *plea bargaining*. Este sistema es una práctica en los sistemas procesales de los Estados Unidos de América y de Inglaterra y Gales. En rigor el modelo adoptado es el de una clase del *plea bargaining*: el *sentencing bargaining*, en el cual el acuerdo se realiza sobre la pena a imponer si el acusado asume la culpabilidad (*guilty plea*). Por la influencia del principio de legalidad penal en la tradición continental europea (y por ese medio en la iberoamericana) no se pueden realizar otros acuerdos, también realizados en el ámbito anglosajón, como el *charge bargaining*, *lateral bargaining*, etc., que permiten negociar también el hecho mismo o la calificación legal.

En efecto, una primera crítica a este tipo de acuerdos – como la de Schünemann o Ferrajoli en Alemania e Italia – se basaba en la posible vulneración del principio de legalidad procesal que está consagrado constitucionalmente en algunos casos como los de Alemania e Italia.⁷ El principio de legalidad es uno de los principios básicos del Estado de derecho liberal, tanto en su historicidad en el continente europeo, cuanto en su formulación teórica más general.⁸

⁶ En España sobre arts. 791.3 y 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y similares de aquella ley y de la posterior Ley del Jurado, de Diego Díez (1997); en las diversas legislaciones de Latinoamérica, las colaboraciones reunidas en Bovino y Maier (2001), y Bertolino (1997), Marchisio (1998); Bruzzone (1999), Ambos (1996), Sarabayrouse (1996). En Brasil. Lima Lopez (2001).

⁷ POTT, Christine. La pérdida del contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario y el sobreseimiento. (Trad. del original de 1995, E. Iñigo Corroza y G. Benlloch Petit). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 85.

⁸ SCHUNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal?... 1998; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, 1995; BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986; HASSEMER, Winfried. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, n° 4, Madrid, 1988; NEUMANN, Ulfrid. “Aspectos jurídico-políticos de la vinculación del ministerio fiscal por instrucciones”, (trad. del original de 1995, Jesús-María Silva Sánchez). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000; ANITUA, Gabriel Ignacio; BORINSKY, Mariano. El principio de legalidad y el de oportunidad en los procedimientos penales europeos”. In: HENDLER, Edmundo (Coord.). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nuevas reformas para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988; entre otros. Otras formas, acaso más graves, de “gestión eficientista” que también vulneran a este principio y al Estado de derecho, están constituidas por la utilización de “agentes encubiertos” a los que se permite delinquir y las negociaciones de exculpación con los “delatores”. Relacionamos ambos mecanismos en Anitua (1998).

Es específicamente el principio de legalidad el que impide dar crédito probatorio total a la confesión de la parte, y por ello su crisis con las “soluciones negociadas”. En los sistemas procesales continentales europeos (y latinoamericanos) el objeto del proceso penal no es disponible ni por el acusado ni por el funcionario estatal – que tiene el deber de perseguir todos los delitos y también el de esclarecer los hechos –, “en atención a la naturaleza pública del interés en juego”.⁹

El principio de legalidad procesal también reconoce idéntico origen que la garantía de legalidad sustancial. Aparece también tras la idea – más propia de la tradición revolucionaria francesa que de la americana – de que la ley es el límite más idóneo a la discreción y arbitrariedad de los funcionarios estatales. El sometimiento total a la ley, por parte de los poderes ejecutivo y judicial, es lo que garantiza impedir la vuelta al poder arbitrario del antiguo régimen. El principio de legalidad procesal constituye una exigencia de seguridad jurídica, y a la vez una limitación al poder. También constituye una garantía para los particulares que pueden controlar, de esta forma, al funcionario que, en régimen de monopolio en el sistema procesal mencionado, ejercita la acción penal.¹⁰ Para fortalecer el carácter intimidatorio de la ley penal, y para evitar arbitrariedades, los juristas de la tradición continental europea conceptúan “inseparable del canon de la obligatoriedad de la norma penal el principio de obligatoriedad de la acción penal, e incompatible con una visión democrática de la función penal el principio de discrecionalidad”.^{11, 12}

Sin embargo, el principio de legalidad procesal se vería puesto en entredicho desde el mismo momento en que se pretende aplicarlo con rigor. Se intentó llevar a la práctica más que en otro sitio en la Alemania de Bismarck:

“Cuando en 1877 entra en vigor la regulación procesal-penal, el principio de legalidad había logrado su punto de vigencia y conocimiento más álgido, al tiempo que dicha aplicación sin fisuras iba poniendo de manifiesto sus desventajas. Desde la perspectiva alemana, la historia de su vigencia a partir de este momento es la del progresivo decrecimiento en su aplicación”.¹³

⁹ ARMENTA DEU, Teresa. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María (Ed.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J. M. Bosch, 1997, p. 228.

¹⁰ ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991, p. 186.

¹¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, 1963, tomo I (trad. de la edición de 1961, Santiago Sentís Melendo), p. 141.

¹² Es curioso, pero los juristas estadounidenses fundamentan asimismo en los valores democráticos el principio opuesto de discrecionalidad. Por ejemplo: Pinkele (1986, p. 16 ss). Por ello aquí se señala el problema de importar sólo parte del proceso anglosajón.

¹³ ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España...* p. 55.

En efecto, con posterioridad Alemania nos da el ejemplo más terrible de la historia del abandono de los límites y principios ilustrados en el proceso y el derecho penal. Lo cierto es que todas las agencias burocráticas estatales adquieren una mayor discrecionalidad, haciendo conjugar una amplitud inmensa de conductas incriminadas – ampliación e indeterminación de las mismas – con una imposible obligación de perseguirlas, que confundiría tareas de represión con las de prevención.

Al no realizarse nunca (pero menos con la inflación penal de fines de siglo XX) el ideal iluminista de un derecho penal garantista – necesariamente mínimo –, se comprueba que las instancias de aplicación del sistema penal no pueden actuar sobre todas las conductas señaladas en las leyes.

Los estudios sobre la “cifra negra” de la criminalidad dejaron demostrado en el siglo XX que son muy pocas las conductas incriminadas efectivamente procesadas por el sistema penal. Esto nos remite a la ya señalada crisis del principio de legalidad, en cuanto a la obligatoria persecución oficial de todos los crímenes – de imposible cumplimiento en el derecho penal máximo. Tal crisis es lo que llevaría a los sistemas jurídicos occidentales, según algunos autores, hacia la asunción de criterios dispositivos pero en particular a la posibilidad de lograr acuerdos.¹⁴

También hacia fines del siglo XX se formularon críticas ideológicas a lo que se consideró un peligroso modelo de perseguir todos los delitos. Se considera peligroso puesto que se corre el riesgo de imponer una sociedad represiva y deslegitimada persiguiendo aquel mito. Otra vez a principios del siglo XXI se señala que tal pretensión es un mito, puesto que es irrealizable con la cantidad de conductas incriminadas actualmente. Y los sistemas que creen en el mito, pueden tornarse peligrosos si intentan alcanzarlo y tienen como principal objetivo para ello a la pena. Ningún sistema judicial tiene capacidad para procesar todos los delitos,¹⁵ ni siquiera con los mecanismos más simplificados. Todo ello, evidentemente, puede empeorar si se pierde la formalidad del acto ritual judicial, si se recurre a otros medios que lo hagan ampliamente operativo,¹⁶ y si se hace todo ello utilizando la oscuridad y la coacción en el proceso de imposición de penas.

Esta crítica al modelo de la legalidad no debería señalar la imposibilidad teórica del mismo, sino la imposibilidad fáctica, frente al actual modelo de política penal. Así, no se ha tomado en cuenta realmente el problema del derecho penal máximo. Aquí está, tal vez, el inconveniente de las soluciones parciales que se proponen. El principio de legalidad continúa cumpliendo una importante función de límite a la arbitrariedad

¹⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 36.

¹⁵ COSACOV, Gustavo. *El mito de la no impunidad*, Córdoba (Argentina): Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1987.

¹⁶ PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? (trad. del original de 1995, María Teresa Castiñeira Palou). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 446.

estatal, y su imposible cumplimiento debería llevarnos a limitar sus objetivos. “Con la aniquilación del principio de legalidad procesal, el peligro de los abusos por parte del Estado se hace omnipresente e incontrolable: se va camino hacia la pérdida absoluta de libertad. La Ilustración se ha topado de pronto con su brutal fin.”¹⁷

Junto a la crítica por violación al principio de legalidad, que parece definitiva, las soluciones “consensuales” merecen otra crítica. La misma está intrínsecamente unida al respeto del principio de legalidad procesal, pero tiene que ver con el método de comprobación de la verdad que implica el juicio público. De esa forma se entiende que sea Ferrajoli¹⁸ quien encabece este tipo de críticas. Sin embargo, han surgido en los últimos años incluso argumentos teóricos contra la forma de entender a la “verdad” desde un punto de vista jurídico garantista, y se han sostenido criterios de “verdad” procesal distintos, ya no en base al sistema de comprobación legal sino como fruto del acuerdo, y que por eso llaman “verdad” consensual.¹⁹ Para los defensores del criterio consensual de verdad, la única ventaja del acuerdo no está en acercarse mejor a la “verdad”, sino en terminar esa búsqueda más rápido.

Rapidez y eficacia son los objetivos del poder punitivo estatal, aunque puede confundirse con el derecho elemental a no sufrir una persecución penal prolongada. Así el Consejo de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación R (87) 18, de 17 de septiembre de 1987 ya daba indicaciones para realizar en tal ámbito la serie de reformas mencionada, buscando acelerar la justicia y sugiriendo abiertamente el modelo del *guilty plea* estadounidense, como mecanismo de “simplificar” y agilizar el proceso, sin discutir en profundidad la naturaleza y funciones del principio de legalidad procesal y, mucho menos, ir al centro de gravedad del problema: la cantidad de conductas incriminadas.

Como se señaló, al poco tiempo diversos Estados europeos, entre ellos Portugal y España, adoptarían mecanismos de esta clase. España lo ha introducido, por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, en los arts. 791.3 y 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, también lo ha hecho en la Ley del Tribunal del Jurado (LO 5/1995), que ha copiado el mencionado art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal ya incluía desde su redacción original de 1882 un mecanismo similar, en su artículo 655, cual era la conclusión anticipada del proceso, siempre y cuando concurran una serie de circunstancias: (a) que la pena solicitada por la acusación sea de prisión menor; (b) que exista voluntad concurrente, tanto de la acusación como de la defensa; (c) que el defensor no entienda necesaria la continuación del proceso; (d) que, habiendo varios acusados, todos estén de acuerdo;

¹⁷ BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario (trad. del original de 1995, Pablo Sánchez-Ostiz). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 23.

¹⁸ *Derecho y razón...*, 1995.

¹⁹ Muy crítico contra esta forma de desvirtuar el proceso penal constitucional Andres Ibañez (1992). En el mismo sentido, Maier (1998, p. 433). También Baratta y Hohman (2000, p. 91-93).

y (e) que la pena solicitada no sea inferior a la que el tribunal considera procedente, en virtud de la calificación acordada. Los artículos 694 y 695 de la LECr también apuntan hacia el mismo sentido. De cualquier manera la puesta en práctica de estos mecanismos no se hizo habitual sino tras las reformas de 1988 y tras su rápida aceptación por los operadores judiciales.²⁰

Este tipo de resoluciones, como lo demuestra su inclusión sin alterar el sistema de la ley procesal penal decimonónica, no tienen nada que ver con la introducción de posibilidades de disposición de la voluntad punitiva por parte del funcionario estatal,

“sino que, fundamentándose en el acuerdo del acusado y su defensor con el escrito de acusación, prescinde de todo el procedimiento subsiguiente, dictándose sentencia con arreglo a determinados presupuestos y produciendo, como efecto fundamental, el pronunciamiento de una sentencia condenatoria con un límite máximo en la imposición de la pena, en cuanto a que ésta no exceda de la mayor solicitada por las partes acusadoras”.²¹

En ningún caso el funcionario estatal dispone de su pretensión punitiva, sino que son el imputado y su abogado quienes ceden frente a esta pretensión. Por no ser sujetos públicos, no están sujetos al principio de legalidad.²² Legalmente el fiscal no puede hacerlo, y al parecer tampoco el acusado en atención a la naturaleza pública de lo penal.²³

Esto es muy importante para la crítica a estas figuras. Con ellas se suprime el juicio, pero no se deja de lado la pena. Por el contrario, cada vez se dictan más penas, en menos tiempo y sin realizarse las importantes funciones del juicio público.

En efecto la forma de hacer esto era la adopción “a la española” del *guilty plea*, o asunción de la culpabilidad del acusado precedida por la negociación, que es la forma habitual de imponer condenas en el Estado que tiene mayores porcentajes de ellas, es decir los Estados Unidos de América. Allí, a partir de fines del siglo XIX y principios del XX se comienza a utilizar el *plea bargaining* como forma de evitar el procedimiento de enjuiciamiento por Jurados. Ello sucede paralelamente, entre otros factores, al desarrollo y burocratización de los órganos de persecución estatal, y a la ampliación de las conductas

²⁰ AGUILERA MORALES, Marien. *El Principio de consenso*. La conformidad en el proceso penal español. Barcelona: Cedecs, 1998; BARONA VILAR, Silvia. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994; ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991, p. 216; MORENO VERDEJO, Jaime. La conformidad en el procedimiento abreviado. In: MORENO VERDEJO, Jaime; MARCHENA GOMEZ, Manuel; ESCOBAR JIMENEZ, Rafael; DIAZ CABIALE, José Antonio; DEL MORAL GARCIA, Antonio; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio; ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. *El juicio oral en el proceso penal*. Granada: Comares, 1995.

²¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España...*, p. 233.

²² ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España...*, p. 207.

²³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal. In: *Revista General de Derecho*, Valencia, octubre-noviembre de 1992, p. 9853.

atrapadas por la ley penal, como surge del interesante trabajo de Alschuler. Este autor indica, además de estas causas históricas, que se llega, luego de su legitimación por el Tribunal Supremo, a una cifra cercana al 90 por ciento de penas impuestas mediante acuerdos hacia fines de los años 1970.²⁴

A principios de los años 1990 el porcentaje aproximado de condenas impuestas en los Estados Unidos tras una negociación supera, conforme a la mayoría de la doctrina, el 90 por ciento.²⁵ Indica Langbein que en los tribunales estatales (esto es, los de los Estados federados) el 95 por ciento de los delitos son resueltos sin juicio, y de ellos en el 91 por ciento de los casos se impone condena por el método del *plea bargaining*.²⁶ Según otro gran crítico de este sistema, Nils Christie,

“más del 90 por ciento – en algunas jurisdicciones un 99 por ciento- se declara culpable. Si esto no fuera así, si aunque sea un pequeño porcentaje de ellos no se declarara culpable, el sistema judicial entero de los Estados Unidos se paralizaría completamente”.²⁷

Lo que vienen a denunciar estos últimos autores es que en los Estados Unidos, actualmente, se coacciona al imputado para obtener la confesión. Se reproducen, así, los sistemas autoritarios e inquisitivos impuestos con la consolidación de los Estados a partir del siglo XIII. Langbein no encuentra mucha diferencia entre amenazar con romper huesos o amenazar con sufrir años extras de prisión para obtener una confesión, en todo caso la diferencia es de grado y no de clase.²⁸ La seriedad de la amenaza con requerirle una sanción más grave si utiliza sus derechos y es declarado culpable es clara, ya que hay casi seguridad de que así sea (estudios sobre *sentencing* en los Estados Unidos demuestran que quien es condenado en juicio sufre un aumento significativo en el monto de su condena.²⁹

²⁴ ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. In: *Columbia Law Review*, volumen 79, Columbia, 1979, p. 1 y ss.; CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996, p. 67; BARONA VILAR, Silvia. El consenso en el proceso penal americano: plea bargaining. In: *Revista General de Derecho*, n° 591, Valencia, diciembre de 1993; RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. *La justicia penal negociada*. Experiencias de derecho comparado. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997; AGUILERA MORALES, Marien. *El principio de consenso*. La conformidad en el proceso penal español. Barcelona: Cedecs, 1998.

²⁵ RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. *La justicia penal negociada*. Experiencias de derecho comparado..., p. 111.

²⁶ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. In: *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, del Puerto, tomo 1996/A (trad. del original que no menciona año, C. Curtis y A. Bovino), p. 47.

²⁷ CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Del Puerto, 1993 (trad. del original del mismo año, Sara Costa), p. 142.

²⁸ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados..., p. 14.

²⁹ BOVINO, Alberto. Simplificación del procedimiento y proceso abreviado. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, tomo 8-A, p. 533.

El acuerdo entre el acusado y los funcionarios del Estado que sólo puede llevar a la imposición de un castigo eludiendo el juicio, entonces, tiene como base un intercambio desigual y, a decir de Ferrajoli, perverso.

Ello en tanto se viola, de esta forma, todo el sistema de garantías. Y no sólo pierden vigencia el principio de inderogabilidad del juicio, el principio de publicidad y el principio acusatorio, presentes en el “juicio previo” estadounidense. También se afectan los principios de igualdad, de certeza y de legalidad sustancial, el de proporcionalidad entre delito y pena e, incluso, la presunción de inocencia y la carga de la prueba a la acusación (negadas por el papel fundamental que jugará el allanamiento del acusado).³⁰

A pesar que “si alguien busca en la Constitución de los Estados Unidos algún fundamento para el *plea bargaining*, buscará en vano” puesto que en su lugar se encuentra la garantía opuesta del “juicio previo”;³¹ la totalidad de los actores del sistema y la mayoría de los comentaristas realizan la descripción del modelo de *plea bargaining* como aquel sobre el que reposa el “buen” funcionamiento del sistema estadounidense, y que conduce a la posibilidad de sanción de la inmensa cantidad de condenas actuales. La doctrina del Tribunal Supremo estadounidense, desde que se ha ocupado del tema, lo ha mantenido en base a las “ventajas mutuas” que obtendrían todos los interesados en el caso.³² Esa expresión es utilizada también por los autores que sostienen la conveniencia del método, aunque a nuestro criterio las únicas ventajas estarán a favor de la pretensión punitiva del Estado y de quienes trabajan profesionalmente con los conflictos penales, que tendrán menos trabajo.

No han faltado las voces que han encontrado otros argumentos para señalar la ventaja de eludir el juicio público y por jurados que debería ser el ordinario en los Estados Unidos. Dentro de este ámbito se ha visto al acuerdo como una forma de proteger a los testigos que así no deberán hacer declaraciones traumatizantes para ellos mismos. Entre estos “defensores” de las víctimas está Fletcher. No obstante – y siempre sin criticar el sistema de acuerdos con el acusado puesto que en caso contrario el sistema se colapsaría, confiesa –, señala que deberían limitarse los poderes discrecionales de los fiscales y darle voz a los intereses de la víctimas antes que acordar secretamente.³³

³⁰ En los Estados Unidos, éstas son las críticas al *plea bargaining* de los liberales y la izquierda, los conservadores y amplios segmentos de la opinión pública suelen estar más preocupados porque de esta forma se impondrían penas menores a las “merecidas”, (LYNCH, 1998, p. 299-307; RODRIGUEZ GARCIA, 1997, 95-109; CABEZUDO RODRIGUEZ, 1996, p. 255-276).

³¹ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados..., p. 9.

³² RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. *La justicia penal negociada*. Experiencias de derecho comparado... p. 94; CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica...*, p. 87.

³³ FLETCHER, George P. *Las víctimas ante el jurado*. Valencia Tirant lo Blanch, 1997 (trad. del original de 1995, J. J. Medina Ariza y A. Muñoz Aurnión. Revisión prólogo y notas, F. Muñoz Conde), p. 258-262; CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica...*, p. 274.

El argumento de permitir que funcione el sistema penal sin colapsarse es el definitivo, y el que se impone sobre otros de tipo jurídico, filosófico, político o moral. En similares términos, más bien prácticos, se indica que ésta es la herramienta que hace funcionar al sistema punitivo británico, ya que en caso contrario no podrían realizarse todos los juicios. En la década de 1970,³⁴ hacían esa referencia indicando la mayoritaria cantidad de condenas así obtenidas – en ese entonces 70 por ciento –, aunque también critican parcialmente la presión que sufren algunos acusados para aceptar la culpabilidad – incluso siendo inocentes –, lo que en todo caso presentaría problemas morales sobre la pena. Por este sistema, combinado con otros recursos procesales y penitenciarios, se ha dicho de la lógica del sistema judicial inglés que “es sobre todo ‘gestorial’. En la medida en que sólo concierne a la gestión de los Tribunales lograr más condenas y lo más rápido posible, es importante que el reconocimiento de la culpabilidad se produzca lo más pronto posible”.³⁵ Téngase en cuenta que fue mediante confesiones forzadas con este mecanismo que se produjeron los mayores escándalos por injusticias de las últimas décadas (entre ellos el proceso de “los seis de Birmingham”, llevado al cine en “En el nombre del padre”).

Este es el modelo que se está imponiendo en los diversos sistemas procesales de España, Portugal y Latinoamérica, a pesar de ser criticado con firmeza por muchos doctrinarios. Como se ha señalado más arriba, todos los Estados aquí analizados adoptan algún tipo de mecanismos para eludir el juicio. Entre los ejemplos que se han señalado como más notables se encuentra el de Portugal, que también adoptó el *plea bargaining* en el marco de reformas que pretendían salir del modelo inquisitivo.³⁶ Algo similar ocurrirá en Latinoamérica.

Pero, a pesar de ser realmente una “importación” de un sistema con tradición histórica volcada al modelo procesal acusatorio, no es vana la comparación realizada por muchos autores de este mecanismo con las técnicas más tradicionales del sistema inquisitivo.³⁷ En efecto, son consustanciales a tales mecanismos de “simplificación” del proceso las dos herramientas que definían con mayor propiedad –al menos para los ilustrados del siglo XVIII– al inquisitivo: el secreto, y la confesión del acusado como prueba determinante de la culpabilidad.

Se puede argumentar que dicha confesión no es obtenida, ahora, bajo tortura. Sin embargo sí que, de alguna forma, quien “colabora” con el sistema penal “ahorrándole” la realización del juicio se encuentra coaccionado. No se tortura al acusado pero “como los europeos de hace siglos que sí utilizaban esas máquinas, hacemos terriblemente

³⁴ BALDWIN, John; MC CONVILLE, Michael. *Negotiated justice*. Oxford: Martin Robertson, 1977, p. 3.

³⁵ TULKENS, Françoise. La justicia negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.) *Procesos penales de Europa*. Zaragoza: Edijus, 2000 (trad. del original de 1997, Pablo Morenilla Allard y prólogo de Vicente Gimeno Sendra), p. 679.

³⁶ RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. *La justicia penal negociada*. Experiencias de derecho comparado..., 1997.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 737.

costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. Lo amenazamos con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo ejerciendo su derecho y, posteriormente, es declarado culpable”, afirma Langbein.³⁸

Cabezudo Rodríguez, en su pormenorizado trabajo que fuera de tesis doctoral, analiza con detenimiento los mecanismos de negociación, encontrando paralelismos entre el recurso de acusar por delitos no realizados y solicitar penas gravísimas o demostrar que las conseguirán indudablemente en juicio (el *overcharging* y el *bluffing*) de los fiscales estadounidenses, y el fingimiento de pruebas inexistentes por los inquisidores, y asimismo con la promesa de una solución más piadosa si se aviniera a prestar la confesión.³⁹

Ciertamente, se verá limitada la posibilidad “negociadora” del acusado si el acuerdo entre el acusador y el defensor se realiza sobre la pena a imponer, que “será más leve como contrapartida del consentimiento para el trámite abreviado, o de la confesión”.⁴⁰ Con estas voluntades “mancomunadas” se posibilita la omisión de la recepción oral y pública de la prueba y la formulación de las conclusiones de las partes sobre el mérito de la misma. La sentencia de condena se impone sin contradicción ninguna. El propio proyectista de la ley que impone este mecanismo en Argentina indica que, como contrapartida a la actitud de reconocimiento de la acusación, el imputado recibirá “una voluntad estatal (la del fiscal) para una pena más cercana al mínimo de la escala sancionatoria prevista en abstracto para el delito que se le atribuye”.⁴¹ Según otro penalista argentino, la reducción de la pena es el “precio” que cobra el imputado por contribuir a descargar el sistema penal renunciando a sus garantías.⁴² Para justificar esta reducción se aduce que la confesión ha sido tradicionalmente valorada como una circunstancia atenuante de la pena. Esta costumbre, también arraigada en la historia penal de todos los Estados,⁴³ castiga severamente a quien no confiese y por ello se propone desde postulados garantistas que sea erradicada a través de la absoluta prohibición legal de atribuir relevancia penal al comportamiento procesal del imputado.⁴⁴

³⁸ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados..., p. 15.

³⁹ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica...*, p. 111.

⁴⁰ CAFFERATA NORES, José Ignacio. Juicio penal abreviado In: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1997, p. 79.

⁴¹ CAFFERATA NORES, José Ignacio. Juicio penal abreviado..., p. 79.

⁴² DE LA RUA, Jorge. Un agravio federal. In: *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, tomo 1997-D, p. 1198.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 609.

⁴⁴ ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p. 171. En el mismo sentido crítico se señala que afirmar que unos acusados son premiados por confesar y que nadie es castigado por no hacerlo es “esquizofrénico”, ya que los conceptos de premio y castigo se derivan uno del otro (CABEZUDO RODRIGUEZ, 1996, p. 266).

Se ha dicho que al buscarse la confesión se le da validez a ésta de *probatio probatissima*, reemplazando la actividad probatoria.⁴⁵ Esto es la base del sistema inquisitivo. Significa un retorno al inquisitivo si quien pacta es el Estado que coacciona al imputado con una amenaza penal mayor para que colabore evitando el juicio contradictorio, puesto que así lo que el Estado realmente busca es la confesión del imputado, que con ello ha logrado uno de sus objetivos (ha quebrado a su “contradictor”) y por eso le reduce la pena. “El carácter inquisitivo del “juicio abreviado” pone de manifiesto la intención de condenar sobre la base de la confesión extraída coactivamente”.⁴⁶

De cualquier forma, incluso quien hace hincapié (por razones históricas, en base al modelo de disputa etc.) en el carácter “acusatorio” de los mecanismos de negociación⁴⁷ no lo hace para defenderlos sino para mostrar cuales pueden ser los problemas que estos modelos procesales “acusatorios” presentan al proyectarse en los modelos de tradición histórica continental europea.

Pero insistiremos aquí que la ecuación secreto más confesión para obtener la verdad, remite a un principio cardinal de los sistemas inquisitivos. La búsqueda de la verdad es un derecho absoluto y un poder exclusivo del soberano, en el método judicial inquisitivo. Es por ello que, aunque no se lo proclame en las legislaciones, los sistemas procesales iberoamericanos tienden nuevamente a obtener confesiones, y a no realizar el juicio oral y público. Almeyra ha dicho que esto significa dar un paso atrás en el intento de acercar el sistema argentino a un sistema acusatorio pues “el procedimiento abreviado supone una clara regresión al juzgamiento escrito y reverdece la figura de la confesión, tan cara a la ideología del inquisitivo”.⁴⁸ En el mismo sentido se advirtió sobre la raíz inquisitiva del instituto español de la “conformidad”.⁴⁹

Ello es así puesto que si el Estado, a más de apropiarse de la facultad de perseguir y de juzgar como ha hecho a partir del siglo XIII, se apropia de los mecanismos de consenso, las prácticas inquisitivas resultan definitivamente consolidadas.

“En este sentido, las instancias consensuales, opuestas, en principio, al modelo inquisitivo de la persecución pública, terminan por resultar, en manos del esta-

⁴⁵ SCHIFFRIN, Leopoldo H. Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 8, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 48.

⁴⁶ BOVINO, Alberto. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.) *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001, p. 74.

⁴⁷ LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. HENDLER, Edmundo S. (Comp.) *Las garantías penales y procesales*. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

⁴⁸ ALMEYRA, Miguel Angel. Juicio abreviado ¿O la vuelta al inquisitivo? *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, tomo 1997-E, p. 06.

⁴⁹ ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. El Ministerio Fiscal entre ‘viejo’ y ‘nuevo’ proceso”. In: AA. VV. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 106; LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El proceso penal de la Ley de Enjuiciamiento criminal*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 163.

do, funcionales al modelo al cual sirven, y por consolidar la respuesta punitiva. Si ello es así la inquisición se reduce, en definitiva, al principio de la persecución pública, esto es, a la decisión de perseguir penalmente en manos del estado.”⁵⁰

En esta decisión se advierte el principal problema de los sistemas penales contemporáneos, cual es la pretensión de un enfrentamiento de partes en pie de igualdad que descansa sobre una profunda desigualdad real de las mismas.

El Estado nunca puede ser una “parte” situada en el mismo plano de igualdad que su contendiente. La igualdad de partes se verifica (formalmente al menos, pues la igualdad material no es posible en el marco de las sociedades capitalistas) en un proceso civil. Pero en el sistema procesal penal que ha quedado configurado en occidente (tanto en los países de tradición continental europea como, con un desarrollo distinto y más tardíamente, en los anglosajones) es el Estado el que reemplaza a la víctima y se enfrenta con el acusado. Por lo tanto en estos procedimientos “simplificados” los que pactan, en realidad, no son iguales, sino que es el Estado, por intermedio de uno de sus agentes, quien se permite reducir su respuesta violenta frente a determinada acción si el ciudadano acusado resigna sus derechos constitucionales.

Como afirma Ferrajoli:

“La negociación entre acusación y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio... El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre partes que, más que contender, pactan entre sí en condiciones de desigualdad.”⁵¹

El acusatorio puro, entonces, no existe en el proceso penal. Y es al reconocerlo que se le imponen reglas muy precisas (penales, procesales etc.) al Estado, que limitan sus pretensiones punitivas. La desigualdad está dada por ser el Estado quien acusa. Las desigualdades que se verifican en un acuerdo entre el Estado con su voluntad punitiva – y que no tiene nada que “perder” – y el acusado de un delito son, con evidencia, de tipo material. La policía, la fiscalía y los juzgados de instrucción, salvo casos poco habituales, cuentan con más y mejores medios que los particulares acusados.⁵² Y además esta de-

⁵⁰ BOVINO, Alberto. La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Pena y Estado*, n° 2 “Ministerio Público”, Buenos Aires: Del Puerto, 1997, p. 78-79.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, p. 748.

⁵² Por dar un ejemplo: “De los U\$S 97.500.000 que los Estados Unidos gastan anualmente en el sistema criminal, más de la mitad se destina a las policías y fiscalías – quienes, conjuntamente, investigan, preparan y persiguen los “casos de la acusación” –. En cambio, los sistemas de defensa de indigentes – que en 1992 asumieron la defensa de aproximadamente el 80% de los acusados de haber cometido delitos- sólo reciben un 2% de ese presupuesto para investigar y preparar los correspondientes “casos de la defensa”. Dadas estas claras desigualdades materiales, no es difícil imaginar en qué condiciones llegan, en la mayoría de los casos, el fiscal y el defensor a negociar reconocimientos de culpabilidad a cambio de desistimientos de cargo y/o reducciones

sigualdad se refuerza con la utilización de otros mecanismos procesales que se oponen al modelo constitucional y garantista del proceso penal. Es así que la prisión provisoria, además de utilizarse en sí misma como un adelantamiento del castigo y como una herramienta de control penal ilegítimo – cuando se sabe que no se podrá imponer una pena judicialmente –, hace las veces de máquina de tortura para obligar al imputado a reconocer una culpa que le permita salir en libertad – por cumplimiento de la pena –, o saber con certeza cuándo podrá hacerlo.⁵³

Como ha indicado Schunemann,⁵⁴ la psicología del juego enseña que el más poderoso es el que al final impone sus fines. Y esto lo logrará en el caso el Estado no por su fuerza moral o jurídica, sino por su posición superior en el organigrama del poder. El representante del Estado es, para el acusado, quien por propia decisión puede imponer una pena. No importa que esto no sea así en el proceso formalmente; para el acusado es así, y entonces no es posible hablar de un acuerdo entre iguales, ni siquiera formalmente.

Se pretende que este tipo de procedimientos tenga algo que ver con una “negociación”, “consenso” o un acuerdo entre partes iguales, a los que asiste, como en el derecho mercantil y civil, la libre voluntad para contratar. “Los actores de la escena penal (autoridades policiales y judiciales, acusados, víctimas) actúan, formalmente al menos, como asociados en lo que podría calificarse ‘un encuentro de voluntades’” afirma Tulkens,⁵⁵ quien señala luego que, en todo caso, se estaría no ante una negociación libre sino ante lo que se conoce como pacto de adhesión.

Se ha sostenido por muchos autores que el *plea bargaining* nos demuestra la influencia de los conceptos propios del “mercado” en el proceso penal y, si bien es muy descriptivo de la efectiva naturaleza del mismo, es por ello que desagrada a los juristas.

de pena” (LANGER, 2001, p. 131-132, citando al *Bureau of Justice Statistics*). No contamos con datos sobre el porcentaje del total del gasto en la justicia destinado a los abogados de oficio en España. Nuestra intuición es que no debe de ser muy importante en comparación con el que se realiza en policías, fiscales y jueces de instrucción. Además, se deben tener en cuenta los argumentos que indican que son los mismos abogados quienes buscan el acuerdo cuando ir al juicio les reportará más trabajo pero no más dinero, (CABEZUDO RODRIGUEZ, 1996, p. 89). Son los abogados, asimismo, quienes influyen en la mayoría de los casos en sus clientes para que acepten la culpabilidad de esta forma, (RODRIGUEZ GARCIA, 1997, p. 53).

⁵³ Ello lo afirma Córdoba: “Esto significa, sin duda, un regreso a prácticas inquisitivas: la confesión, que ya no puede ser arrancada por tortura, es obtenida privando de su libertad al imputado para después obligarlo a pactar para recuperarla o para conocer con precisión cuándo va a recuperarla” (CORDOBA 2001, p. 245). Según critica Zaffaroni, los institutos de la prisión provisional y del *plea bargaining* se complementan en Latinoamérica pues mientras la primera se aplica para hacer permanecer en prisión por mucho tiempo a los autores de delitos menores, el segundo sirve para imponer rápidamente penas en los delitos graves o flagrantes, (ZAFFARONI, 2000).

⁵⁴ SCHUNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In: Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, n° 8, Madrid, C.G.P.J., 1991 (trad. del original del mismo año, Silvina Bacigalupo), también publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, tomo 8/A, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

⁵⁵ TULKENS, Françoise. La justicia negociada..., p. 660.

“Los críticos señalan que la justicia no es una cuestión de regateo de bazar, sino de resolución meditada de conflictos. ‘Negociar’ es diferente a ‘presentar argumentos razonados’, y cerrar un ‘pacto’, o incluso llegar a un ‘acuerdo’, es diferente a obtener un ‘juzgamiento’. El significado más coloquial de ‘*bargaining*’ es peor aún. *Unbargaining* es un descuento, es algo obtenido a un precio reducido. Si los jueces y juristas rechazan la noción de ‘justicia negociada’, el público, especialmente en nuestros tiempos de ‘inseguridad’ y temor, no ve con agrado la posibilidad de que los imputados la ‘saquen barata’.”⁵⁶

A pesar de tales críticas, Langbein nos señala que en Estados Unidos

“el esfuerzo académico más destacado para justificar el *plea bargaining* es el pavoroso artículo de Frank Easterbrook ‘El proceso penal como sistema de mercado’. Este autor señala, correctamente, que el comportamiento de los actores en el sistema del *plea bargaining* es similar al que se observa en el mercado. Bajo las limitaciones del sistema, los actores se comportan racionalmente, maximizan sus utilidades, asignan sus recursos, etcétera. Ciertamente, hemos creado un glorioso mercado persa en lugar de lo que diseñaron los constituyentes”.⁵⁷

Pero no es cierto que exista tal “regateo” en los Estados Unidos, dónde los fiscales tienen unas reglas preestablecidas para lo que pueden “ofrecer” en los casos comunes (pues distinto es el caso cuando se “preman” delaciones):

“Las reglas se parecen más a las de un supermercado que a las de un mercado de pulgas, existe un precio fijo impuesto al caso, y no se podrá negociar con el fiscal más allá de ese límite, así como no se puede hacer una contraoferta por el precio de una lata de arvejas en un almacén.”⁵⁸

En referencia a otros procesos europeos, basados también en la “importación” de acuerdos del estadounidense, dice Tulkens⁵⁹ que

“En un contexto estructural de este orden, la libertad del ‘comercio’ (*negotiatio*) es más ilusoria que real. Lejos de contribuir a la igualdad de las partes, los procedimientos negociados pueden reforzar la desigualdad de éstas, pues el contrato es también el instrumento privilegiado de dominación del fuerte sobre el débil.”

⁵⁶ LYNCH, Gerard E. Plea bargaining: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos. In: *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Del Puerto, tomo 1998/A, (trad. del original que no menciona año, Natalia Sergi), p. 307.

⁵⁷ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados..., p. 51.

⁵⁸ LYNCH, Gerard E. Plea bargaining: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos..., p. 308.

⁵⁹ TULKENS, Françoise. La justicia negociada..., p. 691.

Esto mismo es afirmado en relación a la “conformidad” en España ya que las partes que negocian no son iguales “ya que en tanto una se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su *status*, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad”.⁶⁰

En verdad el acusado sólo tiene dos opciones: o acepta la pena ofrecida por el fiscal reconociendo su culpabilidad, o se somete a un juicio dónde, casi con seguridad, se le impondrá una pena mucho más gravosa a la ofrecida. La elección no es libre y, en verdad, tampoco es opción, en tanto cualquiera sea su elección, la consecuencia será la segura privación de su libertad y de todos los otros derechos personales inescindibles de ésta que se pierden en la prisión.

Es por ello que se advierte otro peligro de la “conformidad” o el “juicio abreviado”, tras la buena recepción de este mecanismo en la práctica judicial. Esta consecuencia se está verificando en estos últimos años y ya es una lacerante realidad en los Estados Unidos. La velocidad para conseguir condenas se traduce en un aumento de las penas impuestas con este sistema penal amplificado.⁶¹ Si se pretende inducir a más imputados a aceptar el juicio abreviado, es lógico que aumente la diferencia entre la pena que se le ofrezca al que se confiese culpable y la pena que lo amenace si se lo declara culpable en juicio. De esta forma la coerción es perfecta y ya nadie puede arriesgarse a ejercer sus derechos. Así, el procedimiento penal del Estado de derecho, fruto del compromiso político entre la razón de Estado y los intereses individuales, es reemplazado por un mecanismo para repartir dolor en manos de un Estado discrecional e ilimitado.

Aunque no puedan afirmarse otro tipo de consecuencias de este procedimiento,⁶² ya nos parece bastante reveladora la cantidad de penas impuestas de esta manera, que no hubieran podido ser dictadas si hubiesen sido sometidas a juicio tantas causas. La que sale más beneficiada con este sistema es la pretensión punitiva del Estado, que así logra su objetivo en mayor número, a menor costo, más rápidamente y sin tener que debatir ni internamente ni de cara al público sobre la finalidad última de la tarea que realiza.

Según Langbein⁶³ este tipo de procedimiento, además de vulnerar el mandato constitucional americano, permite el aumento desmesurado del poder estatal de ese país. Las consecuencias de la existencia de un sistema de penas fijas con penas muy altas son las vistas al analizar el índice de encarcelamiento en los Estados Unidos de las últimas décadas, señalado por Christie⁶⁴ como una nueva forma de holocausto. Estas penas

⁶⁰ ARMENTA DEU, Teresa. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos..., p. 228.

⁶¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.) *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: del Puerto, 2001.

⁶² FEELEY, Malcolm. Perspectives on plea bargaining. *Law and Society*, volumen 13, número 2, invierno de 1979, p. 202.

⁶³ LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados..., p. 50.

⁶⁴ CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*. Buenos Aires: del Puerto, 1993 (trad. Del original del mismo año, Sara Costa).

draconianas sin duda resultan funcionales para asustar y así obligar a los imputados a no provocar gastos estatales a la hora de imponer penas – y también para lograr mayor cantidad de penas, como se señaló.

Algunos de los motivos expuestos deberían analizarse en profundidad para encontrar las razones de la amplia aceptación del mecanismo por parte de los operadores de los sistemas penales de tradición continental europea, como los de Portugal, España y Latinoamérica. No hacen sino reproducir, al respecto, la amplia aceptación que ha tenido en las instancias de aplicación del sistema penal en Estados Unidos e Inglaterra algunos años antes.

Pero además, desde la opinión de algunos otros autores del ámbito anglosajón se defiende a la negociación en la que el acusado asume su culpabilidad frente a la pretensión estatal, por considerarla una muestra del enorme contenido conciliatorio de este tipo de sistemas.⁶⁵ Sin percatarse de que en todo caso, esa “amplia” conciliación conduce a la imposición de condenas, que no por existir otras mucho más crueles dejan de tener un contenido aflictivo grave.

La reducción de la hipotética pena a cambio de la renuncia al derecho constitucional del juicio justo es un asunto peligroso para todos los ciudadanos, como posibles acusados en algún momento, a pesar de la circunstancial conveniencia de quien es acusado en el momento concreto. Es por ello que Aguilera ha sostenido que resolver el problema de lentitud y atasco de los Tribunales con este método tiene “un ‘precio’ que más que excesivo resulta desorbitante: la desnaturalización del proceso penal y el sacrificio del régimen garantístico procesal”.⁶⁶

Efectivamente lo que está en juego es antes un principio del Estado de derecho y una garantía para la sociedad en general, que una garantía individual.

La discusión debe plantearse por ello, como se plantea, en el terreno de la política criminal. En la actualidad de algunas políticas estatales, a diferencia de la política criminal de las constituciones y declaraciones de derechos influidas por los ideales de la Ilustración, el juicio oral y público es un estorbo antes que una necesidad. Toda la política criminal efectivamente aplicada está obsesionada con el castigo.

“Simplicidad, rapidez, eficacia son los temas que dominan el juicio. Si ciertos países parecen primar el *guilty plea* para acelerar el procedimiento otros parecen sobre todo primar, por ese medio, el refuerzo de la eficacia del sistema, siendo el denominador común la aspiración a una justicia con menos despilfarro de sus energías y recursos, en relación con la corriente de la diversión. Añadamos un matiz a este dato: el rigor de la regla de exclusión de la prueba, que existe en ciertos países y que tiende a imponerse en los otros, no es ajena a una cierta voluntad de renunciar, sobre todo en las materias complejas, a la carga de la prueba.”⁶⁷

⁶⁵ SHAPIRO, Martin. *Courts. A Comparative and Political Analysis*. Chicago-Londres: University of Chicago Press, 1981, p. 15.

⁶⁶ AGUILERA MORALES, Marien. *El Principio de consenso...*, p. 165.

⁶⁷ TULKENS, Françoise. *La justicia negociada*, p. 677.

En vez de atender las verdaderas ineficiencias del sistema judicial, se buscan paliativos en un método de lograr más condenas con menor costo. Al eludir el juicio en sentido estricto, se pretende eludir la aplicación de las garantías del justiciable, y los límites que éstas significan a las pretensiones punitivas estatales. En este sentido siguen siendo vigentes las palabras de Alcalá-Zamora en 1938: “allí donde exista una organización judicial eficiente por su capacidad y suficiente por su número y distribución, el juicio truncado no tiene razón de ser, porque nunca ofrecerá las garantías del juicio completo”.⁶⁸

Las reformas procesales y penales deberían dirigirse tanto a paliar esas ineficiencias e insuficiencias, como a limitar la criminalización primaria y ajustarla a un derecho penal mínimo que les es lógica y justamente necesario.

Bibliografía

AGUILERA MORALES, Marien. *El principio de consenso*. La conformidad en el proceso penal español. Barcelona: Cedecs, 1998.

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *El allanamiento en el proceso penal*, Buenos Aires: EJE, 1962 (original escrito en 1938 y publicado por primera vez en 1944).

ALSCHULER, Albert W. “Plea Bargaining and Its History”. *Columbia Law Review*, volumen 79, Columbia, 1979, p. 1 y ss. y también publicado, en versión reducida, en *Law and Society*, volumen 13, número 2, invierno de 1979 (dedicado especialmente al *plea bargaining*), p. 211 y siguientes. También sobre el origen y la historia del *plea bargaining*, en esta última publicación: FRIEDMAN, Lawrence. Plea bargaining in historical perspective, p. 247 y ss.; LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining, p. 261 y ss.; HALLER, Mark H. Plea bargaining: The nineteenth century context, p. 273 y siguientes.

AMBOS, Kai. Procedimientos abreviados en el proceso penal alemán y en los proyectos de reforma sudamericanos. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, t. 4/5, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996 (trad. del original del mismo año, Ernst Witthaus).

ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. Ni fiscal instructor ni Habermas ‘procesalista’ (a pesar de Vives Antón). In: *Jueces para la democracia*. Información y debate, nº 16-17, Madrid, 1992.

_____. El Ministerio Fiscal entre ‘viejo’ y ‘nuevo’ proceso. In: AA. VV. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Tecnos, 1990.

ANITUA, Gabriel Ignacio. El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

⁶⁸ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *El allanamiento en el proceso penal*. Buenos Aires: EJE, 1962, p. 170. Este autor utilizaba la voz “juicio” aquí como sinónimo de procedimiento, puesto que entendía, como nosotros, que la “conformidad” era una forma de evitar el verdadero juicio.

ANITUA, Gabriel Ignacio; BORINSKY, Mariano. El principio de legalidad y el de oportunidad en los procedimientos penales europeos. In: HENDLER, Edmundo (Coord.). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

_____. En defensa del juicio: comentarios sobre el arrepentido y el juicio penal abreviado. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº 8, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

ALMEYRA, Miguel Angel. Juicio abreviado ¿O la vuelta al inquisitivo? *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, tomo 1997-F.

ARMENTA DEU, Teresa. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos. In: SILVA SANCHEZ, Jesús-María (Ed.). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

_____. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: PPU, 1991.

BALDWIN, John; MC CONVILLE, Michael. *Negotiated justice*. Oxford: Martin Robertson, 1977.

BARATTA, Alessandro; HOHMAN, Ralf. Introduction: Vérité procédurale ou vérité substantielle. In: *Deviance et Societe*, volumen 24, Génève, Centre Nationale de la Recherche Scientifique et Centre Nationale du Livre, 2000.

BARONA VILAR, Silvia. El consenso en el proceso penal americano: plea bargaining. In: *Revista General de Derecho*, nº 591, Valencia, diciembre de 1993.

_____. *La conformidad en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

BAUMANN, Jürgen. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Depalma, 1986 (trad. de la 3. ed. ampliada de 1979, Conrado Finzi).

BERTOLINO, Pedro. Para un encuadre del proceso penal abreviado. *Jurisprudencia Argentina*, 1997-IV, Buenos Aires.

BINDER, Alberto. Límites y posibilidades de la simplificación del proceso. In: *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.

BOVINO, Alberto; MAIER, Julio. *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

_____. La persecución penal pública en el derecho anglosajón. *Pena y Estado*, nº 2, Ministerio Público. Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

_____. Procedimiento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

_____. Simplificación del procedimiento y proceso abreviado. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, tomo 8-A.

BRAUM, Stefan. La investigación encubierta como característica del proceso penal autoritario, (trad. del original de 1995, Pablo Sánchez-Ostiz). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

- BRUZZONE, Gustavo. Mito y realidad en la participación ciudadana en Sudamérica. In: AAVV, *Juicio por jurados en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás, *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Granada: Comares, 1996.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio. Juicio penal abreviado. In: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires: Del Puerto, 1997.
- CHRISTIE, Nils. *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Del Puerto, 1993 (trad. del original del mismo año, Sara Costa).
- CORDOBA, Gabriela. El juicio abreviado en el Código procesal penal de la Nación. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.
- COSACOV, Gustavo. *El mito de la no impunidad*. Córdoba (Argentina): Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1987.
- DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo. *La conformidad del acusado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal. *Revista General de Derecho*, Valencia, octubre-noviembre de 1992.
- _____. *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nuevas reformas para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988.
- DE LA RUA, Jorge. Un agravio federal. *Revista Jurídica La Ley*. Buenos Aires, tomo 1997-D.
- FEELEY, Malcolm. Perspectives on plea bargaining. *Law and Society*, volumen 13, número 2, invierno de 1979.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995 (trad. del original de 1989 Perfecto Andrés Ibáñez y otros).
- FLETCHER, George P. *Las víctimas ante el jurado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997 (trad. del original de 1995, J. J. Medina Ariza y A. Muñoz Aurnión. Revisión prólogo y notas, F. Muñoz Conde).
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en el Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- _____. La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, nº 4, Madrid, 1988 (trad. que no menciona original de M. A. Cobos Gómez de Linares).
- LANGBEIN, John. Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados. In: *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, tomo 1996/A (trad. del original que no menciona año, C. Courtis y A. Bovino).

LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: HENDLER, Edmundo S. (Comp.). *Las garantías penales y procesales*. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Del Puerto, 2001.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ejea, 1963, tomo I (trad. de la edición de 1961, Santiago Sentís Melendo).

LIMA LOPEZ, Aury Celso Jr. O fundamento da existencia do processo penal: instrumentalidade garantista. In: <www.ambito-juridico.com.br/aj/dpp0012html>.

LORCA NAVARRETE, Antonio María. *El proceso penal de la Ley de Enjuiciamiento criminal*. Madrid: Dykinson, 1997.

LYNCH, Gerard E. Plea bargaining: El sistema no contradictorio de justicia penal en Estados Unidos. In: *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Del Puerto, tomo 1998/A, (trad. del original que no menciona año, Natalia Sergi).

MAIER, Julio B. J. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?* n° 1, Buenos Aires: Di Plácido, 2000.

_____. Mecanismos de simplificación del procedimiento penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 8, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, previamente publicado en AA. VV. *Un "Codice tipo" di procedura penale per l'America Latina*. Roma: Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1991.

MARCHISIO, Adrián. *El juicio abreviado y la instrucción sumaria*. Procedimiento nacional y derecho comparado. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

MORENO VERDEJO, Jaime. La conformidad en el procedimiento abreviado. In: MORENO VERDEJO, Jaime; MARCHENA GOMEZ, Manuel; ESCOBAR JIMENEZ, Rafael; DIAZ CABIALE, José Antonio; DEL MORAL GARCIA, Antonio; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio; ANDRES IBAÑEZ, Perfecto. *El juicio oral en el proceso penal*. Granada: Comares, 1995.

NEUMANN, Ulfrid. Aspectos jurídico-políticos de la vinculación del ministerio fiscal por instrucciones. (trad. del original de 1995, Jesús-María Silva Sánchez). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

PINKELE, Carl. La discreción se ajusta a la democracia: el argumento de un abogado. In: PINKELE, Carl; LOUTHAN, William. *Discreción, justicia y democracia*. México: Noema, 1986 (trad. Ana García Medina).

POTT, Christine. La pérdida del contenido del principio de legalidad y su manifestación en la relación entre el delito de encubrimiento por funcionario y el sobreesimiento (trad. del original de 1995, E. Iñigo Corroza y G. Benlloch Petit). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿última ratio? (trad. del original de 1995, María Teresa Castiñeira Palou). In: INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (Ed.) *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

RODRIGUEZ GARCIA, Nicolás. *La justicia penal negociada*. Experiencias de derecho comparado. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1997.

SARRABAYROUSE, Eugenio. La omisión del debate. A propósito de un novedoso instituto previsto por el Código Procesal Penal de la provincia de Tierra del Fuego. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, t. 4/5, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

SCHIFFRIN, Leopoldo H. Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 8, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

SCHUNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). In: Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania, *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, nro. 8, Madrid, C.G.P.J., 1991 (trad. del original del mismo año, Silvina Bacigalupo), también publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, tomo 8/A, Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

SHAPIRO, Martin. *Courts. A comparative and political analysis*. Chicago-Londres: University of Chicago Press, 1981.

TULKENS, Françoise. La justicia negociada. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Dir.). *Procesos penales de Europa*. Zaragoza: Edijus, 2000 (trad. del original de 1997, Pablo Morenilla Allard y prólogo de Vicente Gimeno Sendra).

ZAFFARONI, Raúl. Análisis comparado internacional de la realidad del proceso penal. Proceso penal y derechos humanos. Códigos, Principios y Realidad. In: AA. VV. *El proceso penal*. Sistema penal y derechos humanos en Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y España. México: Porrúa, 2000.

ZIFFER, Patricia S. *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1996.

Como citar este artículo:

ANITUA, Gabriel I. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 43-65, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>

Como citar este artículo:
MONTERO AROCA, Juan. El principio acusatorio entendido como eslogan político. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 66-87, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

EL PRINCIPIO ACUSATORIO ENTENDIDO COMO ESLOGAN POLÍTICO

*Juan Montero Aroca*¹

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.4>

RESUMEN

El artículo analiza el concepto del “principio acusatorio”, teniendo en cuenta el escenario de la vaguedad conceptual que impregna este debate. Después de afirmar la ausencia de modelos ideales de procedimientos penales, explicando los intentos de monopolizar la idea de “contradictorio” por la doctrina de los EUA, describe las características de la posición del juez y de las partes en el ámbito jurídico penal acusatorio. Por último, concluye que el llamado “principio de contradicción” y todas las expresiones en las que la palabra “adversarial” será utilizada, es exclusivamente política, dado que la falta de precisión en su sentido jurídico, cuyo contenido debe expresarse como una garantía procesal, pero dejan de representar a todos los sentidos, así como los intentos de su explicación.

PALABRAS CLAVE: Procedimiento Penal. Principio de Contradicción. Juez. Contradictorio.

ABSTRACT

This paper analyzes the definition of the “accusatorial principle”, considering the conceptual vagueness background that permeates this discussion. After affirming the absence of ideal types of criminal proceedings, revealing the american intent to monopolize the “accusatorial” notion, it will be described the characteristics of the judge’s position and the confrontation between the parties in the criminal field. Therefore, it will be concluded that the named “accusatorial principle” and all the expressions in which appear the word “accusatorial” must be considered only in a politic meaning, as it lacks accuracy in its legal sense, which content ought

¹ Catedrático de Direito Processual na Universidad de Valencia. Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

to express itself as a procedural guarantee, but actually represent so many meanings as intents to explain itself.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Acussatorial principle. Judge. Confrontation.

I. Introducción: intento enésimo de aclarar un concepto inexistente

El 11 de junio de 1992 dicté una conferencia en el VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, que se celebró en Córdoba (Argentina), y su organizador José I. Cafferata Nores me “impuso” un tema que guardaba relación con el Código Procesal Penal de 1991 de esa provincia argentina: *El principio acusatorio*.² Estaba entonces muy lejos de pensar que aquella “amigable imposición” iba a dar inicio a una serie de publicaciones de las que sólo ahora, casi veinte años después, soy consciente que han ido saliendo, primero, de mi pluma y, luego, de mi ordenador.

No mucho después, en 1994, se celebró en México un seminario sobre *Justicia y Sociedad*, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, es decir, por su entonces director José Luis Soberanes, y con el patrocinio de la Procuraduría General de la República y la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, y en el mismo hube de estudiar, por segunda vez y siempre sujeto a la “amistosa coacción”, el principio acusatorio,³ dando lugar a otra publicación.

Ya entonces, en estos trabajos iniciales, me preocupó, primero, el grave error en que se incurría por la doctrina cuando sostenía de modo reiterado que existen dos sistemas procesales penales enfrentados que se suelen denominar proceso acusatorio y proceso inquisitivo y, después, aparte de preocuparme, me dejó perplejo la indeterminación en esa doctrina y también en la jurisprudencia sobre el significado del llamado principio acusatorio, aparte de la confusión con otros principios procesales.

En estos casi veinte años me visto “vocado” a afrontar varias veces el estudio del sentido del que llaman principio acusatorio, bien en congresos o en coloquios internacionales (como el de Roma de 1999),⁴ bien en libros de carácter general,⁵ bien en

² El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual. In: *Justicia* 92, IV, p. 775-788. Publicado también en *Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal: principio acusatorio*. VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Córdoba 1993, p. 175-188.

³ *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*. In: el Seminario *Justicia y Sociedad*, México, 1994, p. 525-46; luego en *La Ley*, 21 de enero 1994, p. 1-6; y en *Ensayos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1996, p. 581-600.

⁴ *La incompatibilidad de funciones en el proceso (crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso)*, Ponencia al Coloquio Internacional sobre “Processi di integrazione e soluzione delle controversie: Dal contenzioso fra gli Stati alla tutela dei singoli”, 7-9 de septiembre de 1999, publicada en *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 9, 2000, p. 99-123.

⁵ *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte General, 9. ed. (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 1999, p. 351-374, y *Derecho Jurisdiccional*, III. Proceso Penal, 8. ed. (con G. Colomer, Montón y Barona), Valencia, 1999, p. 11-39.

monografías referidas directamente a los principios procesales⁶ o a materias especiales vinculadas con el llamado principio acusatorio, como es la imparcialidad judicial y la incompatibilidad de funciones en un mismo proceso,⁷ bien en artículos de revista.⁸ Es obvio que algunas de esas publicaciones respondieron a decisiones de carácter más o menos voluntario y otras fueron más o menos cordial y amigablemente impuestas.

Otra ocasión fue el “Congreso Internacional sobre Terrorismo y Proceso Penal” celebrado en la Universidad Jaime I de Castellón, los días 29 a 31 de octubre de 2003, organizado por los amigos Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac;⁹ y aquí volví a la falta de voluntad y a la “imposición basada en el afecto” de los amigos, pero el caso fue que entonces, sin darme apenas cuenta, ya estaba en la octava publicación.

El paso de estos casi veinte años no ha supuesto alivio alguno para mi preocupación inicial, ni desde luego ha terminado con mi perplejidad. Antes al contrario, he ido viendo como la imprecisión conceptual aumentaba y como el esfuerzo dedicado a lograr alguna claridad se perdía en la indiferencia. En alguno de mis trabajos citados, especialmente en los últimos, he estimado oportuno empezar aludiendo a que cuando oigo o leo sobre del principio acusatorio advierto que no se está ya ante una cuestión terminológica, sino ante la imprecisión conceptual de quien está hablando o escribiendo, por lo que el oyente o el lector acaba por no saber cuál es el mensaje que se le quiere transmitir.

No estaba en mis planes volver tratar sobre el llamado principio acusatorio, pero una nueva invitación me llevó otra vez a seguir con la serie. Se trató de la llamada del amigo y discípulo Juan Luis Gómez Colomer, director de las “Jornadas Internacionales sobre Problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal”, a celebrar en Castellón los días 23 a 25 de octubre de 2006. Sin su invitación, y sin la deuda que asumo que con él tengo, a lo peor hubiera dado por concluida la serie.¹⁰

Creía que había cumplido la serie de las “obligaciones”, pero ahora el profesor y magistrado Nereu Giacomolli me vuelvo a “imponer” una vuelta a la materia y para la primera revista del Instituto de Derecho Procesal Penal Brasileño. Así después de casi

También *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, 1. edición (con Flors y L. Ebrí), Valencia, 1997, p. 14 ss. Estos libros están hoy el *Derecho jurisdiccional* en la 18ª edición de 2010 y las *Contestaciones* en la 5ª edición, de 2010.

⁶ *Principios del proceso penal*. Una explicación basada en la razón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 191 p.

⁷ *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales* (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso), Tirant lo Blanch, Valencia 1999, 334 p.

⁸ *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en *La Ley*, 16 de febrero de 1999, y después en *Proceso (civil y penal) y garantía*. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Valencia, 2006, p. 517 y ss.

⁹ El significado actual del llamado principio acusatorio. In: *Terrorismo y proceso penal acusatorio* (coord. Gómez Colomer y González Cussac), Valencia, 2006, p. 313-337.

¹⁰ La invitación lo fue para dictar la conferencia de clausura en las Jornadas Internacionales dichas y el título “impuesto” fue “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal”.

veinte años he vuelto al principio si bien con una advertencia. Cuando se tienen escritos varios trabajos sobre una materia el lector de la última aportación debe ser consciente de un hecho: No cabe que se produzca una “revolución” sobre lo dicho en los trabajos anteriores; y ese lector es titular de un derecho: El autor no debe limitarse a la mera reiteración de lo antes dicho. Cuando se publican por los menos ocho trabajos sobre una materia lo natural es que el autor, por un lado, mantenga una cierta continuidad en su pensamiento y, por otro, vaya evolucionando en el mismo. Si después de quince años se sigue diciendo exactamente lo mismo que se dijo el primer día la conclusión es evidente: El autor está muerto (científicamente, se entiende), y si el paso del tiempo le lleva a decir exactamente lo contrario de lo dicho antes: Bien se ha producido un caída en el “Camino de Damasco” (lo que debe ser advertido y justificado), bien debe admitirse que lo dicho inicialmente no estuvo suficientemente meditado. Lo inadmisibles sería que se produjeran cambios sustanciales en cada uno de los trabajos publicados, pues entonces no cabría hablar propiamente de falta de meditación sino de frivolidad.

En lo que sigue el lector podrá advertir que sigo vivo (siempre científicamente) y que, dentro de una permanencia esencial del pensamiento, se ha producido la evolución que – creo – puede considerarse lógica en el mismo.

II. Los sistemas de actuación del derecho penal

Aunque sigue siendo un lugar común en la doctrina sostener que teóricamente existen dos sistemas por los que puede configurarse el proceso penal, uno acusatorio y otro inquisitivo, es necesario reafirmar una y otra vez que ello es radicalmente falso, pues no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio,¹¹ sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los

¹¹ Los caracteres de esos pretendidos sistemas, según una doctrina que los repite sin el menor sentido crítico, son los siguientes: (a) En el sistema acusatorio la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes. (b) Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su existencia es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles. (c) Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado, no hay parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino el objeto del mismo. (d) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, en el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios. (e) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado en tanto dura el proceso, mientras que en el inquisitivo impera la prisión provisional o preventiva. (f) Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba. (g) El procedimiento del proceso acusatorio es oral, concentrado y público, mientras que el procedimiento del inquisitivo es escrito, disperso y secreto. (h) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que la sentencia es inimpugnable, mientras que el inquisitivo consta de dos instancias.

cuales uno es extraprocesal, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro es procesal, esto es, en el que el único medio para aplicar ese Derecho es el proceso.

1 Sistemas inquisitivo y acusatorio

El denominado proceso inquisitivo nunca fue y, obviamente, no es, un verdadero proceso. Si éste se identifica de modo esencial con que ante un tercero, independiente e imparcial comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, planteando un conflicto para que aquél lo solucione no de cualquier manera sino precisamente tutelando los derechos de esas partes, naturalmente conforme al derecho objetivo, algunos de los caracteres que suelen indicarse como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Evidentemente no hay proceso si el acusador es al mismo tiempo el juez o si éste asume todos los poderes materiales en la dirección de la actividad persiguiendo la llamada verdad material a toda costa, pudiendo, por ejemplo, acordar prueba de oficio, e independientemente de a quien acaben beneficiando éstas.

El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes enfrentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción. Advuértase, sin embargo, que no todos los caracteres que suelen incluirse como propios de ese pretendido proceso acusatorio son necesarios para que exista un verdadero proceso, pues algunos de estos caracteres podrían modificarse, sin que ello impidiera la subsistencia del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la esencia del proceso el que el juez sea profesional o popular o que el procedimiento sea oral o escrito,¹² pero sí afecta a esa esencia el que el juez sea efectivamente tercero, independiente e imparcial o el que el acusado disponga de todos los derechos propios de la contradicción y que las partes estén en igualdad de condiciones.

Así las cosas, creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos carentes de todo rigor técnico procesal, por lo que es necesario dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el Derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras lo aplicaron los tribunales pero no por medio del proceso, y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdic-

¹² Desde un punto de vista teórico que parta de la claridad conceptual es evidente que no afecta a la naturaleza procesal de un sistema el que exista o no jurado o el que el procedimiento sea o no oral. Es cierto que para la doctrina de los Estados Unidos sólo cabe hablar de sistema "adversarial" o de proceso acusatorio si el proceso acaba haciéndose ante un jurado y de modo oral, pero debe insistirse que si solo hubiera proceso acusatorio cuando existe jurado, la mayor parte de los sistemas del mundo no serían procesales. De la misma manera, puede existir perfectamente un proceso con todas las garantías que sea escrito, como demuestra la historia. Una cosa es afirmar la preferencia por la oralidad y otra negar a la escritura el pan y la sal. Peor todavía es creer (como acto de fe y conocimiento de lo que sucede en otros países y sistemas jurídicos que lo propio es, no sólo lo mejor, sino lo único que responde a una sociedad libre.

cional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio.

Toda la confusión entre proceso inquisitivo y proceso acusatorio nace de la falta de precisión conceptual en torno a lo que es proceso, pues sólo desde esa imprecisión ha podido concluirse que un sistema de aplicación del Derecho penal tal y como se describe en las reglas básicas del inquisitivo pueda ser calificado de procesal. “Proceso inquisitivo” es una *contradictio in terminis*, mientras que “proceso acusatorio” es un pleonismo, esto es, una redundancia viciosa de palabras; el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso, por lo menos si ésta se entiende correctamente.

Una de las garantías constitucionales que ofrece el sistema jurídico de los países en los que puede hablarse de sociedad libre es la de que la pena sólo se aplica por los tribunales y precisamente por medio de un verdadero proceso. Esa garantía, obviamente, no puede significar que el proceso penal se iguale con el civil, pues siendo los dos *proceso como categoría jurídica* en sentido estricto, es decir, cumpliendo los dos el requisito básico de enfrentamiento de dos partes parciales en régimen de contradicción e igualdad ante un juez tercero, independiente e imparcial, han de existir algunas diferencias en algunos de los principios conformadores, por ejemplo en la disponibilidad de los derechos subjetivos en juego, aunqueno es del caso desarrollarlos aquí.

2 El intento de monopolio de la idea de proceso acusatorio

Por si faltara algo las cosas se complican más, si cabe, cuando se advierte que la confusión conceptual viene propiciada por el hecho de que desde el sistema procesal penal de los Estados Unidos o, mejor, desde la doctrina dominante de ese país, se pretende monopolizar la idea de proceso acusatorio o si se prefiere de sistema que se llama “adversarial”. Y lo más preocupante es que la doctrina europea, salvo contadas excepciones, ve ese sistema desde la fascinación o desde el papanatismo (que no es más que la actitud que consiste en admirar algo o a alguien de manera excesiva, simple y poco crítica) y está dispuesta a asumir algo que, sin embargo, no ha acabado de entender.

Es obvio que un sistema como el norteamericano es muy difícil de entender en su totalidad para quien está “pensando” desde el sistema continental europeo pero, si he entendido bien ese sistema se trata básicamente de que:

- a) Reparto de los papeles a los intérpretes del drama que es el proceso de modo que:
 - 1) El juez, aparte de que no instruye, adopta una actitud neutral en el debate que realizan las partes ante el jurado; éste, integrado por jueces legos, es realmente la piedra base de todo el sistema. Aunque no se reconoce paladinamente lo que los juristas norteamericanos están diciendo en el fondo es que no hay proceso si no se realiza ante el Jurado, y por ello el papel del juez profesional se limita a ser árbitro neutral.

- 2) El fiscal asume, por un lado, la investigación de los hechos (convirtiéndose en director de la policía) y, por otro, tiene el monopolio de la acción penal, por lo que en el juicio oral es el acusador único, lo que implica además una amplia disposición de la existencia del delito y de la consecuencia del mismo, la pena.
 - 3) El abogado defensor asume la defensa del acusado y lo hace de modo integral. Naturalmente hay diferencias muy importantes según ese abogado sea designado y pagado por el imputado o el mismo sea un defensor público pagado con cargo a algunas de las entidades públicas (Estado o Federación), a pesar de que esas diferencias prácticas no siempre se reconocen por la doctrina norteamericana.
- b) En el ejercicio de los papeles se trata básicamente de que las partes en el proceso, el fiscal y la defensa, deben actuar conforme al que podemos llamar principio de igualdad de armas, y de ahí cabe referirse a todo un conjunto de principio o reglas conformadoras que van desde la oralidad y la publicidad, hasta la exclusividad de las partes en la proposición de medios de prueba, pasando por la presunción de inocencia, principios o reglas que no son, desde luego, ni conceptos ni garantías ajenos a la europea concepción, pero que se presentan por la doctrina norteamericana como algo propio de “su” proceso, como si en todos los demás países, es decir, en los nuestros, no hubiera realmente un “proceso debido” o un “proceso justo”.

Lo preocupante de todo esto es que desde esa doctrina norteamericana acaba entendiéndose que el suyo es el único modelo, no ya acusatorio, sino el único admisible desde un régimen de libertad. Por ello concluye descalificando, por ejemplo, a los sistemas procesales penales en los que existe un juez de instrucción que realiza la investigación y ello a pesar de que ese juez no actúe jurisdiccionalmente y sea distinto del juez que luego presidirá el juicio oral. Naturalmente cuando el tribunal no es un jurado se concluye que el sistema de cualquier país, sin más distinciones, es inquisitivo e inadmisibile desde las bases constitucionales de su sistema.

Parece claro que, como en otros aspectos, la doctrina jurídica de los Estados Unidos carece de precisión conceptual, pues lo que acaba afirmando es que con las expresiones relativas a sistema “adversarial” o acusatorio se está denominando a su propio sistema, el cual es el único admisible, siendo todos los demás calificados de inquisitivos y por ello de inadmisibles. En esa imprecisión está siendo seguida por parte de las doctrinas europeas e iberoamericanas, las cuales están asumiendo palabras o expresiones típicamente norteamericanas (caso de “proceso debido”, de “proceso justo” o “limpio”) y a veces llevándolas incluso a las constituciones, con los riesgos que implica el uso de que palabras o expresiones carentes de un verdadero sentido técnico jurídico, pues han nacido en un sistema “practicón”, alejado del contenido conceptual científico.

III. La conformación del juez y el llamado principio acusatorio

Los principios básicos de la conformación del juez en el proceso penal, en cualquier sistema en que se trate realmente de la aplicación de las penas por medio del proceso, no pueden ser distintos de esos mismos principios referidos al proceso civil.

1 Identidad de los principios de la conformación del juez

Entre los diversos procesos no pueden darse diferencias en esos principios, pues los mismos se refieren nada menos que a garantías esenciales de los ciudadanos ante el Poder Judicial. Por ello la unidad jurisdiccional, la exclusividad, el juez legal o predeterminado, que son los principios políticos de la jurisdicción, y los principios de imparcialidad, independencia, inamovilidad y responsabilidad, que son los determinantes del estatuto personal de los jueces,¹³ se aplican a todos los jueces y no pueden guardar relación con clases o tipos de procesos. Los principios de la jurisdicción y los propios del juez son anteriores a la misma referencia a la noción de proceso; desde ellos no cabe admitir diferencias atendiendo a procesos concretos.

Por poner un ejemplo. El principio del juez predeterminado por la ley, tanto en lo relativo a la conformación de los órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, como respecto de su consideración de derecho fundamental de las personas, no puede referirse a la actuación de un específico derecho material en el caso concreto, aunque sea cierto que cuando ese Derecho es el penal, el principio y el derecho adquieren una relevancia especial dados los intereses que entran en juego, si bien lo mismo puede vulnerarse ese derecho en un proceso penal que en otro civil.

En los últimos tiempos hemos asistido, respecto del proceso penal, a movimientos manifiestamente contradictorios, consecuencias de la incertidumbre conceptual en torno al modelo a seguir para regular ese proceso. De esos movimientos pueden destacarse dos:

- 1) Por un lado, e inicialmente, la mayor parte de los principios y reglas conformadoras del órgano jurisdiccional y del proceso penal pretendieron centrarse en el llamado principio acusatorio, habiendo adquirido éste tal fuerza expansiva que, a la postre, acabó por carecer de verdadero contenido específico, y así al querer significarlo todo ha acabado por no tener un significado preciso.

¹³ Sobre todos esos principios puede verse el ya citado *Derecho jurisdiccional*, I. Parte General, pero ahora 14 edición, Valencia, 2005, p. 64 y ss. Naturalmente el intento de explicar los principios base de la jurisdicción y de los jueces no puede referirse en nuestro sistema al jurado, pues el mismo, atendido lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución, no es el órgano judicial ordinario en el enjuiciamiento penal. Otra cosa es que alguno de los principios sean aplicables a las personas que integren el Jurado.

- 2) Después, y por otro lado, el fracaso de la anterior imprecisión, ha llevado a querer referir el principio exclusivamente a la conformación del órgano jurisdiccional y de este modo se ha referido a garantías procesales que a veces no guardaban relación alguna con aquella conformación, pues partían de otra manifiesta imprecisión en torno al significado de las garantías propias de la conformación del órgano judicial. Finalmente, después de todo, pareciera como si el llamado principio se hubiera querido referir a la imparcialidad judicial, si bien también aquí no se ha precisado lo que es propio de esa imparcialidad y lo que afecta a la incompatibilidad de funciones en el proceso.

Por todo ello creo que lo procedente hubiera sido advertir algo tan elemental y propio de la noción de proceso como que éste sólo puede existir si el juez no asume funciones propias de las partes acusadoras (ni de la defensa, obviamente), pues esa asunción es contraria, no ya a la imparcialidad, como se asegura, sino a la propia esencia de lo que es el proceso. Si el juez es al mismo tiempo el acusador o el defensor (o las tres cosas) no existe proceso. No inútilmente se decía ya por autores del proceso común, bien que “*judicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitandis, judicis in medio cognoscentis*” (BÚLGARO), bien que “*sicut in causa civili, exiguntur tres personae scilicet actoris et rei et judicis, ita criminalibus tres exiguntur scilicet accusantis, accusati et judicis*” (BERNARDO DORNA). De la misma manera si se entiende que el juez puede de oficio llegar a suplir la actividad de la defensa del acusado, como pretendía Benedikt Carpzov ya en el siglo XVII, también se está desconociendo lo que es el proceso.

Dando un paso más debe tenerse en cuenta, también, que la manera de conformar el proceso exige imponer una rigurosa incompatibilidad entre algunas funciones, de modo que un único juez y dentro de un proceso no puede asumir funciones incompatibles entre sí. Explico seguidamente el sentido de estas dos reglas básicas.

2 La imposibilidad de asumir la función de acusar (El que juzga no acusa)

Se corresponde con la misma noción de proceso que tiene que existir, además del acusado, por lo menos una persona (parte y por ello parcial) que acuse y que esa persona no puede ser el juez. La distinción entre parte acusadora y juez no es algo propio de una clase de proceso (del llamado proceso acusatorio frente al inquisitivo), sino que atiende a la esencia misma del proceso.¹⁴ La distinción entre acusador y juez se manifiesta en dos consecuencias:

¹⁴ Por razones históricas se atiende a la distinción entre acusador y juez y no se suele aludir a que el juez no puede asumir tampoco la defensa, pero la regla conformadora del proceso debería enunciarse realmente como que quien juzga no puede ser ni acusador ni defensor (no ni acusado como se dijo por cierto autor español, para el que el sistema inquisitivo se basaba en que una misma persona no podía ser juez, acusador y reo;); en realidad se trata de que quien juzga no puede asumir el papel propio de la parte.

A) Juzgar y acusar son funciones diferentes

La primera consecuencia puede enunciarse brevemente así: No puede haber proceso si no hay acusación y ésta ha de ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar. Estamos ante algo obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de juez y de acusador, y lo es tanto que esta elemental consideración es la que ha llevado a que el Estado se desdoble en el proceso penal, de modo que, por un lado, actúa como acusador (Ministerio Fiscal) y, por otro, como decisor (juez o tribunal). Es tan elemental esta consecuencia que ni siquiera existe una norma constitucional que la recoja expresamente. Al decidirse políticamente que el Derecho penal se actúa por los tribunales y por medio del proceso, está ya implícito que los papeles de acusador y juez no pueden confundirse en una única persona; si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial.

He venido sosteniendo hasta ahora que no puede confundirse esta regla de que no hay proceso sin acusación con aquella otra que podría enunciarse como que no puede haber condena sin acusación. De entrada hay que sostener que se trata obviamente de cosas diferentes, pero a partir de ese punto debería tenerse en cuenta que: (1) No existe un derecho de los acusadores (sean estos públicos o privados) a que se imponga una pena al acusado;¹⁵ y (2) No existe en el proceso penal una verdadera pretensión.¹⁶ Estas dos consideraciones podrían llevar a concluir que, una vez formulada la acusación y realizado el juicio con la práctica de la prueba:

- 1^a) Bien que la ley ordene expresamente que por el Fiscal «no podrá desistirse de la acción pública después de la apertura del procedimiento principal», que es lo que dice el parágrafo 156 de la *Strafprozessordnung* alemana.

¹⁵ La regla general consiste en que la voluntad del particular no puede ser determinante a la hora de la aplicación del Derecho penal y, por tanto, que la persecución de los delitos “públicos” no dependerá de la voluntad del ofendido o perjudicado por los mismos, ni que su perdón extinguirá la responsabilidad penal. Más aún, debe afirmarse que no existe una relación jurídico-material penal en la que sean partes los que han intervenido en el hecho delictivo, bien como autor, bien como víctima. El ofendido o perjudicado por el delito no es titular, ni puede afirmar que lo sea, de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena, por cuanto tal negado derecho subjetivo supondría la titularidad del *ius puniendi*. Este corresponde sólo al Estado; al ofendido o perjudicado únicamente puede reconocerse la facultad o, si se quiere, el derecho de promover el ejercicio por el Estado de ese derecho a castigar. En el mismo sentido puede sostenerse que al Estado, y en su representación al Ministerio Fiscal, tampoco se le atribuye semejante derecho, de modo que el Fiscal no es el titular del denominado *ius puniendi*, pues éste corresponde sólo al Estado en tanto que actúa por medio del juez.

¹⁶ Lo que se está diciendo es que en el proceso penal no existe una verdadera pretensión punitiva, entendida ésta como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, contra una persona y relativa a la imposición a ésta de una pena. En el proceso penal su objeto lo determina solo el hecho imputado (se entiende referido a una persona determinada), no sirviendo para determinar ese objeto ni la calificación jurídica ni la pena. Esto supone que no existe una verdadera pretensión punitiva como objeto del proceso penal. Pueden verse mis *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4. ed. (con Flors y López Ebri), Valencia, 2003, p. 160 ss.

- 2^a) Bien que la petición de absolución hecha por el Ministerio Fiscal, o la retirada de la acusación, sean irrelevantes para el tribunal, el cual podrá dictar sentencia condenatoria, como dispone el Código de Córdoba (Argentina).

Desde ahora estimo que es más correcto, desde la perspectiva del proceso como garantía, establecer estas dos reglas:

- 1^a) Dado que el enjuiciamiento penal se ha convertido en un verdadero proceso debe estarse a lo que es propio de éste, de modo que no podrá existir condena si no existe acusación.
- 2^a) Dado que no puede admitirse que se conceda al acusador, sea cual fuere éste, el derecho subjetivo a la imposición de la pena, la consecuencia debe ser que, iniciado el juicio oral, el Ministerio Fiscal no puede desistir de la acusación o, si prefiere, no puede retirar la acusación, por cuanto ese desistimiento o retirada equivaldrían a asumir que el *ius puniendi* lo tiene el Fiscal y no el Tribunal.

A la parte acusadora particular o privada no puede imponérsele en la ley que una vez formulada la acusación e iniciado el juicio oral mantengan esa acusación, pero ello sí puede hacerse con el Fiscal. Una norma como la del parágrafo 156 de la *Strafprozessordnung* alemana aúna las dos consideraciones anteriores, y tiene la ventaja de que no se pone en riesgo ninguno de los requisitos de la actuación del órgano judicial, ni para la incompatibilidad de funciones, ni para la imparcialidad.¹⁷

B) *El acusador fija el objeto del proceso*

La segunda consecuencia es también obvia: No puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada. El concepto clave a tener en cuenta aquí es el relativo al objeto del proceso penal y a quién lo fija.¹⁸ Ese objeto lo constituyen, sin duda, unos hechos que se imputan a una persona determinada, de modo que:

¹⁷ Para la doctrina norteamericana esta posibilidad convierte al proceso en inquisitivo, dicho en su terminología, puesto que la misma parte de que el Fiscal tiene la disponibilidad de las consecuencias del delito, lo que se consagra en su amplio margen de discrecionalidad en la acusación que lleva a la oportunidad. El sistema que se llama “adversarial” tiene consecuencias inadmisibles como es la de que el Fiscal, órgano político, decide si se acusa y a quien se acusa, y en cualquier momento puede tanto no acusar como aceptar cualquier pacto con el acusado.

¹⁸ Aquí reitero la remisión a mi aportación a *Contestaciones al programa de derecho procesal penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. 4. edición (con Flors y L. Ebri), Valencia, 2003, p. 160 ss. Debe tenerse en cuenta que también tradicionalmente por razones históricas se ha centrado la regla en el objeto del proceso, que es lo que determina el acusador, pero de la misma manera debe sostenerse que el juez no puede aportar hechos relativos a la defensa del acusado, hechos que no determinan el objeto del proceso, pero sí el objeto del debate.

- 1º) La imposibilidad de que el juez sea, al mismo tiempo, el acusador supone que el juzgador no puede determinar qué hechos son los que se imputan ni a que persona se imputan, pero la calificación jurídica de los mismos ha de quedar sujeta a la regla *iura novit curia*; veremos luego las exigencias de la calificación jurídica desde la perspectiva del principio de contradicción, pero aquí, cuando se habla de ese pretendido principio acusatorio y de la imposibilidad de asumir la función de acusar, la única conclusión posible es la de que la regla *iura novit curia* tiene que aplicarse en todos los procesos, y por tanto, también en el penal.
- 2º) La situación puede ser diferente respecto de la pena concreta a imponer atendiendo, por un lado, a la imposibilidad de asumir las funciones de acusar y de juzgar y, por otro, a la vigencia del principio de legalidad penal, pues se trata entonces de cuestionarse si debe darse preponderancia a una u otra de estas dos consideraciones:
 - 1º) El llamado principio acusatorio -aunque realmente la idea de proceso, con la imposibilidad de que un intérprete del drama asuma dos papeles en el mismo- pudiera pensarse que significa la necesidad de que los acusadores vinculen al juez también en la pena; el juez no podrá imponer pena superior ni distinta a la solicitada, pudiendo, como es obvio, imponer pena inferior o no imponer pena alguna, pero no imponer pena inferior a la aceptada por el acusado.
 - 2º) El principio de legalidad penal no podría consentir que al acusado se le impusiera, desde luego una pena superior a la prevista legalmente, pero tampoco una pena inferior sólo porque los acusadores hagan petición inferior, pues ello supondría que esos acusadores disponen de la pena, y ello a pesar de que los mismos no tienen disposición alguna sobre las consecuencias del delito. Especialmente en los países en que el Fiscal tiene el monopolio de la acusación penal, y en los que ese Fiscal depende, como es habitual, del Poder Ejecutivo, acabaría resultando que este Poder podría disponer de lo indisponible y asumiría de hecho el *ius puniendi*.

Como puede comprobarse se está ante una alternativa en la que las dos opciones tienen ventajas y desventajas muy claras; asimismo la elección de una u otra de las opciones se basará en una decisión política. Lo que no podrá decirse es que si se opta por la segunda opción, y se respeta la contradicción como veremos después, se está vulnerando garantía alguna de las que hacen a la defensa del acusado. Más aún, como es sabido en los países que se dice que tienen un proceso plenamente acusatorio el juez no está vinculado por la petición de pena que haga la parte acusadora; este es el caso de Inglaterra y de los Estados Unidos, en los que una vez que el Jurado se ha pronunciado sobre la culpabilidad del acusado, el juez decide sobre la pena oyendo antes a las partes,

pero sin estar vinculado por las peticiones de ésta, las cuales realmente no “piden” sino que “ilustran” al juez sobre la pena.¹⁹

3 La incompatibilidad de funciones en el proceso (Quien instruye no juzga)

El sistema propio de la codificación en los países europeos se basó en la distinción entre juez instructor de la causa, competente para la formación del sumario o procedimiento preliminar, y juez decisor o sentenciador, que debía conocer del juicio oral y dictar sentencia. Esta distinción atendía a la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso, incompatibilidad referida a instruir (investigar los hechos para preparar el juicio oral) y a juzgar (verificar los hechos en el juicio oral para decidir), entendiéndose que una misma persona no podía asumir las dos, pues ello supondría, realmente, no ya desconocer lo que es el proceso, pero sí negar la esencia misma de la manera de conformar el proceso penal en los sistemas jurídicos propios de la Europa del siglo XIX.

La regla de que quien instruye no juzga se deriva de la incompatibilidad de funciones en el proceso y no guarda relación alguna con una pretendida imparcialidad objetiva del juez. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido (caso *De Cubber*, en sentencia de 26 de octubre de 1984) que la actuación como juez en el tribunal sentenciador de quien había sido instructor de la causa suponía la infracción del derecho a un juez imparcial, y el Tribunal Constitucional español siguió, básicamente en la STC 145/1988, de 12 de abril, por ese camino de la imparcialidad, a pesar de que es manifiesto que el haber instruido no afecta a la imparcialidad (que es siempre subjetiva, aunque se hace objetiva en las causas de abstención y de recusación) sino a la incompatibilidad de funciones dentro de un mismo proceso.

El que un juez haya instruido no supone que el mismo tenga “interés” en que la sentencia se dicte con un contenido determinado; el instruir no afecta a la parcialidad (esto es, a decidir con prevención a favor o en contra de una de las partes), sino que comporta la realización de dos actividades que son incompatibles atendida la forma de regular el proceso. El haber investigado (actividad investigadora) los hechos, no permitirá al juez limitarse después, y ya en el juicio oral, a verificar (actividad verificadora)²⁰ los mismos, y precisamente con los medios de prueba propuestos por las partes, pero ello no guarda relación con la parcialidad, sino con la regla de que la sentencia se dicta

¹⁹ Esta es una manifestación evidente de que en el proceso norteamericano la doctrina determina lo que integra el llamado “adversarial system” según la conviene y sin coherencia interna alguna, aparte de sin precisión conceptual y sin un sistema verdaderamente claro, pues si el proceso fuera exclusivamente una cuestión de partes tendrían que ser éstas las que vincularan al juez por lo menos en la determinación de la pena. Es absurdo un sistema en el que se dice, por un lado, que el juez debe ser neutral entre las partes y, por otro, que es él quien fija la pena sin atender a las peticiones de las partes y estando sólo a lo dispuesto en la ley.

²⁰ La investigación supone ir a la búsqueda o descubrimiento de hechos desconocidos, mientras que la verificación parte de la existencia de afirmaciones de hechos realizadas por otra u otras personas. La investigación presupone el desconocimiento; la verificación implica que alguien ha afirmado unos hechos; puede verse mi libro *La prueba en el proceso civil*, 4. edición, Madrid, 2005, p. 39 ss., aunque verse sobre el proceso civil.

sobre las pruebas practicadas en ese juicio oral y no con el resultado de los medios de investigación sumarial.²¹

A estas alturas no hace falta insistir en que la doctrina norteamericana no ha entendido la diferencia entre instruir y decidir y de ahí su incomprensión de la idea del juez instructor, incomprensión que la lleva a sostener, de modo claramente negador de la realidad, que un sistema en el que un juez instruya es siempre un sistema inquisitivo. De ahí también que la pretensión formulada por algunos de que en el Derecho español instruya el Fiscal por así exigirle el llamado principio acusatorio, parte de desconocer que la instrucción o investigación no puede tener sólo por objeto fundamentar la acusación, pues esa instrucción o investigación debe servir también para fundamentar la defensa.

IV. La conformación de las partes y el principio de contradicción

Un pretendido principio acusatorio no debe confundirse con el real principio de contradicción, pues uno y otro atienden a aspectos distintos del proceso. El primero, en todo caso, podría entenderse que sirve para conformar al juez; el segundo se refiere a la actuación de las partes. Respecto de ellas el proceso, siempre por esencia, presupone la existencia de dos partes parciales (dualidad de partes), que han de actuar de modo enfrentado entre sí (en contradicción) y sin que resulte favorecida algunas de las posiciones (igualdad) ni por la ley (en abstracto) ni por el juez (en concreto).

El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido por el legislador constitucional al legislador ordinario para que éste regule el proceso partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso, que consiste básicamente: (1) En la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial; y (2) En que las partes conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial.

Insistimos, pues, en que correctamente entendidos el supuesto principio acusatorio y el real principio de contradicción es manifiesto que, en todo caso, podrían referirse a aspectos distintos de la actuación del Derecho penal en el caso concreto; el primero atendería al juzgador, el segundo a las partes. El llamado principio acusatorio no es un

²¹ En general puede verse la obra citada *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales (El sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*, cit., y en especial *El juez que instruye no juzga (La incompatibilidad de funciones dentro del mismo proceso)*, en *La Ley*, 16 de febrero de 1999, y después en *Proceso (civil y penal) y garantía*. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad, Valencia, 2006, p. 517 ss.

principio procesal en sentido estricto, por lo menos de modo directo, en cuanto que, en todo caso, podría referirse principalmente al modo de conformar el órgano jurisdiccional, a quien debe juzgar, aunque comprendiera también sus facultades ya en el proceso; el de contradicción es esencialmente un principio procesal, dado que su contenido afecta, estrictamente hablando, al modo de conformar el proceso, a las facultades de las partes ya y siempre en el proceso.

1 Derecho fundamental de defensa

Cuando se habla del derecho de defensa o de audiencia se está haciendo referencia a la consideración del principio de contradicción desde la perspectiva de un derecho fundamental de las partes en el proceso, que se articula mediante toda una serie de garantías, que en la mayoría de los países han adquirido rango constitucional. En el examen de esta perspectiva hay que atender a:

A) *Sujetos afectados*

A pesar de las palabras que suelen utilizarse, es evidente que el derecho de audiencia o de defensa se reconoce a todas las partes del proceso, y no sólo al acusado, pues la prohibición de indefensión puede y debe referirse a todas ellas. Está claro que los problemas se han centrado históricamente en el acusado, y de ahí que el brocardo (“nadie puede ser condenado sin ser oído”) aluda al “condenado”, pero la defensa o audiencia se reconoce a todas las partes, lo que adquiere mayor sentido cuando no tiene el monopolio de la acusación el Ministerio Público.

Cuando el Fiscal monopoliza legalmente la acusación, y en el esquema constitucional se entiende que actúa representando al Estado contra el acusado, es difícil hablar de que aquél sea titular del derecho de defensa, pues él asume todos los medios de que dispone el Estado para la persecución de los delitos, siendo el proceso un medio para limitar el poder de éste. Nada impide, con todo, considerar que es teóricamente posible que el tribunal impida que la acusación pública ejercite alguna de las facultades que la ley le permite y entonces podría hablarse de la vulneración del “derecho de defensa” del Fiscal. Por el contrario, cuando se admite la existencia de otros acusadores la situación es mucho más clara, pues estos acusadores también deben tener todos los derechos procesales propios de la condición de parte.²²

²² Una de las miserias típicas del proceso penal de la mayoría de los países occidentales es que en ese sistema el Ministerio Público ha asumido el monopolio de la acción penal, de modo que él es el único acusador, sin que puedan convertirse en parte acusadora ni el ofendido ni el perjudicado por el delito y, desde luego, queda excluido el ciudadano sin más. Este es momento apropiado para recordar lo que decía PLUTARCO, *Vidas paralelas, Solón*, XVIII, in fine: “Se preguntaba Solón: ¿Cuál es la ciudad mejor regida? Y se respondía: ‘Aquella en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos, los que no han recibido ofensa.’” Y añadía Plutarco: “Concedió indistintamente a todos el poder presentar querrela en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o

B) Contenido del derecho

El contenido esencial del derecho se refiere a la necesidad de ser oído, que en el proceso penal no se cumple simplemente ofreciendo a las partes la posibilidad real de ser oídas, sino que exige, primero, la existencia efectiva de un acusador y, luego, la presencia del acusado en la segunda fase o de juicio oral. Si el procedimiento preliminar puede realizarse estando el imputado en rebeldía, en el verdadero juicio, en la segunda fase o de juicio oral, la rebeldía del acusado tiene que suponer la no realización del mismo. La presencia del acusado es para el tribunal un deber ineludible y para aquél un derecho no renunciabile, dado que tiene la consideración de fundamental.

- a) El ser oído no puede suponer simplemente la posibilidad de argumentar, sino que ha de comprender los dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar. Se trata de que tanto el acusador como el acusado han de poder afirmar en el proceso todos los hechos que estimen adecuados al objeto del mismo (alegación) y han de poder utilizar todos los medios de prueba legales, pertinentes, útiles y lícitos para probar los hechos por ellos afirmados (prueba).
- b) Junto a lo anterior el contenido esencial se refiere también a que las partes han de conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial:
 - 1º) De hecho: Cada parte ha de tener la posibilidad real de conocer los materiales de hecho afirmados por la contraria y de poder alegar en contra de ellos; si pudiera existir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, se estaría ante uno de los supuestos más claros de vulneración del derecho de audiencia, tanto que podría hablarse de indefensión. No se trata ya simplemente del derecho a ser informado de la acusación, que es propio sólo del acusado, sino del derecho a conocer todos los materiales de hecho, que es propio de todas las partes en el proceso.²³

quería de citar o perseguir en juicio al ofensor; acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo.” Uno de los aciertos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, aún vigente, es reconocer la posibilidad de las acusaciones particular (ofendido y perjudicado por el delito) y popular (cualquier ciudadano).

²³ Es obvio que esta parte del derecho de defensa no atiende propiamente al derecho a ser informado de la acusación formulada contra él, al que se refiere, por ejemplo, el artículo 24.2 de la Constitución española como derecho autónomo, pues se trata de derechos diferentes. El derecho a ser informado de la acusación, en la situación actual de las garantías de las partes en el proceso penal, debe referirse de modo más claro (pero no único) a la fase de sumario o preliminar del proceso, de modo que la imputación dirigida contra una persona exige que ésta tenga conocimiento completo de lo que se imputa. En la fase de juicio oral no se trata ya simplemente de estar informado de la acusación, sino de algo más, de algo consistente en que se deben conocer todos los materiales de hecho afirmados por la parte contraria y en que se puede alegar en contra de ellos, derechos concretos que se integran en el general derecho de defensa y que corresponde, desde luego y de modo especial al acusado, pero realmente a todas las partes en el proceso.

2º) De derecho: Así como los hechos en el juicio oral han de ser afirmados por las partes, los elementos de derecho que puedan servir para conformar la decisión judicial puedan haber sido aducidos por las partes o pueden proceder de la aplicación de la regla *iura novit curia*, pero en los dos casos las partes, primero, han de tener conocimiento completo de los elementos jurídicos que pueden tenerse en cuenta a la hora de la sentencia y, luego, han de tener la posibilidad de aducir en torno a los mismos, a favor o en contra.

Dijimos antes, al atender al contenido del pretendido principio acusatorio y a la imposibilidad de que el juez asuma la función de acusar, que la calificación jurídica de los hechos debe quedar sujeta a la regla *iura novit curia*, y nos remitimos entonces a lo que teníamos que decir sobre el principio de contradicción. Ahora lo que estamos diciendo es que la posibilidad misma de que el juez no se sujete a la calificación de las partes exige que éstas tengan, primero, conocimiento pleno de la existencia misma de la “tercera opción” y, después, la posibilidad real de aducir en torno a la aplicabilidad de la misma. Lo que importa, pues, no es si la calificación “tercera” o del tribunal se refiere o no a un delito homogéneo o de la misma naturaleza (a pesar de que en este sentido se ha pronunciado en España la jurisprudencia constitucional y penal), sino a si se ha respetado el derecho de defensa. El caso de Italia es muy significativo; conforme al artículo 521 del *Codice di procedura penale*, relativo a la correlación entre la imputación negada y la sentencia, el juez en la sentencia puede dar al hecho una calificación jurídica distinta de la enunciada en la calificación de la acusación, aunque para ello debe respetarse el principio de contradicción o, mejor el derecho de defensa de todas las partes. De la misma manera según el parágrafo 265 (1) de la StPO alemana el acusado no podrá ser condenado con base a una ley penal distinta a la citada en la acusación sin que previamente se le advierta de la modificación de punto de vista jurídico y se le de oportunidad para defenderse.

El derecho fundamental puede verse también desde una vertiente negativa, y a ella se alude cuando se habla de la interdicción de la indefensión, advirtiéndose que ésta se produce cuando se impide a las partes ejercitar su derecho fundamental, tanto en el aspecto de alegar y probar como en el de conocer y rebatir y, por tanto, que no toda infracción de norma procesal supone colocar a una de las partes en situación de indefensión.

2 Principio de contradicción

Cuando se habla de este principio se está haciendo referencia más bien a un modo de organizar el proceso en el que se respete el derecho fundamental anterior. En este sentido el principio de contradicción debe entenderse como un mandato dirigido al legislador para que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, éstos queden regulados de modo que se respete el derecho de defensa. Por tanto:

- 1º) Se parte de considerar la contradicción entre las partes como el más eficaz instrumento técnico para garantizar la exacta aplicación del Derecho objetivo en el caso concreto, instrumento puesto, sí, al servicio de las partes pero también en interés general de la Justicia. Se trata aquí de advertir que el legislador entiende que el la mejor manera de llegar a la aplicación correcta del Derecho radica en el pudiéramos considerar método dialéctico, dando a las partes la posibilidad de ofrecer al juez todas las opciones propias de debate. El contraste de las opciones (y con publicidad) es el método que se estima mejor para que el juez pueda decidir.
- 2º) Atiende a que el instrumento técnico se convierte en constitucional, y desde él puede declararse la inconstitucionalidad de la ley que regule el proceso sin respetar el principio, esto es sin que el método sea el dialéctico. Aparte de que el principio puede servir de elemento interpretador de las normas concretas.

En sentido estricto debería decirse que una ley regula el proceso conforme o no con el principio de contradicción, y que en un proceso determinado se ha respetado o no el derecho de audiencia o defensa de las partes. Es decir, el principio de contradicción puede ser vulnerado por el legislador (no por el juez), y conducirá a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, mientras que el derecho de defensa puede ser vulnerado sólo por el juez, y llevará a la estimación del recurso previsto en la ley y, en último caso, del recurso de amparo.

3 Igualdad de las partes

Este principio, que completa los anteriores, requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Este principio es autónomo y se integra por dos aspectos:

- 1º) Cabe referirse a la igualdad de los ciudadanos ante la ley procesal, que se vulneraría cuando, sin razones objetivas, la ley dispusiera que unas personas recibieran un trato distinto, tanto a la hora de formular la acusación, como a la de ser acusadas y juzgadas, y es indiferente que ese trato distinto sea perjudicial o beneficioso. Se trata de un aspecto parcial del principio general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.
- 2º) Después hay que aludir a la igualdad de las partes en el proceso, de las distintas partes, sean acusadoras o acusadas, ante la realización de actos procesales pero ya en un proceso concreto. Conforme a esta igualdad el tribunal ha de actuar reconociendo a todas las partes medios parejos de ataque y de defensa (que es lo que suele llamarse “igualdad de armas”).

Naturalmente esta igualdad tiene especial sentido en la segunda fase o de juicio oral, en la que tiene que ser evidentemente plena, pero admite modulaciones o excep-

ciones en la primera fase o de procedimiento preliminar, por razón de la propia actividad investigadora que en él se realiza. Los problemas de la igualdad suelen provenir de que se desconoce que el Ministerio Público en el proceso no es más que una parte, por lo que no puede atribuírsele legalmente una situación de preponderancia respecto de las demás partes y, desde luego, con sus peticiones no puede vincular al órgano judicial o, por lo menos, no puede hacerlo más que las demás partes. Esto es algo que en nuestro sistema no siempre se respeta, pues a veces la posición del Fiscal es más “fuerte” que la de los otros acusadores.

Entre otras cosas por ello convertir al Fiscal en el instructor de la primera fase contribuiría aún más a consagrar esa desigualdad real. El Fiscal no persigue preparar el juicio; pretende preparar “su” acusación. Si la defensa del acusado dispone de grandes medios económicos nada impide que esa defensa prepare el juicio; pero si como es lo normal la defensa no se cuenta con esos medios el sistema político del procedimiento preliminar en manos del Fiscal conduce necesariamente a la desigualdad.²⁴

V. Delimitación teórica de los dos principios

En los últimos tiempos hemos asistido en Europa, y especialmente en España, a una gran confusión conceptual, con base en la cual todo el proceso penal se ha querido hacer depender de un llamado principio acusatorio, cuyos contornos no han quedado bien delimitados; se ha llegado así a decir, y por altas instancias jurisdiccionales, que es este principio el que provoca en el proceso la contradicción, o que es una amalgama en la que se mezclan todas las garantías del acusado en el proceso. Todo lo “bueno” del proceso se ha referido al principio acusatorio; todo lo “malo” a un llamado proceso inquisitivo. Nos parece evidente que se ha estado operando sin la, por lo menos, conveniente precisión conceptual.

La confusión ha sido especialmente grave en lo que se refiere a la determinación por los acusadores del objeto del proceso y en la determinación por las dos partes del objeto del debate, todo lo cual se ha “amalgamado” con el derecho fundamental de defensa y con la contradicción. Hemos intentado, antes y con reiteración, destacar lo específico

²⁴ No estoy cuestionando ahora quién y cómo debe realizar la etapa previa de investigación o procedimiento preliminar y tampoco estoy cuestionando su naturaleza jurídica. Lo que estoy diciendo es simplemente que si esa etapa se confía al fiscal, el cual trabaja para acusar, y si el acusado no dispone de medios económicos para realizar su propia investigación – que es lo normal – nadie investigará para la defensa. La ventaja del juez instructor es que el mismo debe investigar para acopiar todos los materiales que pueden llegar a tener interés en el proceso, tanto los propios de la acusación como los que favorezcan a la defensa. Sólo cuando alguien ajeno a la acusación y a la defensa realiza imparcialmente la investigación puede hablarse luego de igualdad de las partes en el proceso. Esto es algo que cuando se habla en general del “adversarial system” se quiere eludir y ello se hace de modo consciente; ya en especial cuando se estudia el sistema de justicia penal “adversarial” propio de los Estados Unidos no se acaba de decir con claridad que el sistema acaba siendo una justicia para ricos y en contra de los pobres, es decir, negador radicalmente de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

del principio de contradicción por cuanto ello es presupuesto imprescindible para llegar a entender qué podría, en su caso, formar parte de un pretendido principio acusatorio, y puede que sea ahora de interés ver algunos supuestos para ir delimitando el ámbito de los principios:

- a) Si hacia el final del juicio oral el Ministerio Público, y a la vista del resultado de las pruebas, considerara que la acusación debería haberla formulado también contra otra persona, aparte del acusado inicial, y así lo hiciera expresamente en sus “calificaciones definitivas” (España) en la *modifica della imputazione* (Italia) o en la “ampliación de la acusación” (Alemania), ello comportaría la existencia de acusación por persona distinta del tribunal, con lo que nada obstaría, desde el principio que llaman acusatorio, a que el tribunal tomara en consideración esta ampliación subjetiva de la acusación y condenara en la sentencia a esa otra persona.

Sin embargo, es obvio que esta ampliación subjetiva de la acusación no puede admitirse, y de hecho está prohibida en todos los ordenamientos jurídicos, aunque la razón de ello se encuentra en el principio de contradicción, ante todo, y en el derecho de defensa, después. El principio de contradicción, en cuanto mandato dirigido por la Constitución al legislador ordinario, quedaría desconocido por una ley procesal penal que permitiera la contemplada ampliación subjetiva de la acusación, ley que habría de ser declarada inconstitucional. El derecho de defensa habría sido vulnerado si llegara a condenarse a una persona, en tales circunstancias, en un proceso en concreto.

- b) Si en el inicio de la vista el tribunal, considerando que las partes han “olvidado”, en sus respectivos escritos de acusación o defensa, hacer mención de aspectos fácticos agravatorios o atenuadores y, en todo caso, trascendentes para el íntegro conocimiento del hecho punible, lo advirtiera así a las partes y les manifestara que sobre esos aspectos también ha de versar la prueba y habrá pronunciamiento judicial en la sentencia, ninguna de las partes podría aducir que se había producido una vulneración de su derecho de defensa, pues frente a esos aspectos fácticos las dos partes podrían alegar y probar, pero el tribunal se habría convertido en acusador o en defensor, con lo que estaría desconociendo la distinción entre juzgador y parte.
- c) Si después de la práctica de las pruebas en el juicio oral, el tribunal considerando que los hechos imputados por el Ministerio Público, u otros acusadores, pudieran calificarse conforme a una norma penal distinta y con penalidad más o menos grave (que ello es indiferente) de la aducida por éstos, y procediera a advertir a las partes de esta posibilidad de modo específico, dándoles la oportunidad de alegar en torno a la calificación jurídica, incluso con suspensión de la vista, no podría entenderse desconocido el principio de contradicción por la ley procesal penal que así lo permitiera (caso, por ejem-

plo, del párrafo 265 de la Ordenanza Procesal Penal alemana), ni vulnerado el derecho de defensa del acusado en el proceso en que así sucediera. Naturalmente, a los efectos de que el tribunal pudiera condenar con base en la norma penal por él sugerida, sería indiferente que alguna de las acusaciones hubiera compartido o no la “tercera opinión” del tribunal. Considerar que en este supuesto el tribunal se convierte en acusador significa desconocer cuál es el objeto del proceso penal, lo que supone el brocardo *iura novit curia* en el ejercicio de la función jurisdiccional y el principio de legalidad penal.

Estamos tratando, simplemente, de evidenciar que no todo puede quedar “amalgamado” en un pretendido principio acusatorio, incluso admitiendo que éste supusiera algo específico en el proceso penal, lo que es mucho suponer. Opinando que este llamado principio ni siquiera tiene sustantividad propia, en el sentido de que no sirve para configurar un proceso de modo individualizado, mucho menos podemos considerarlo como una “amalgama” de principios y de consecuencias jurídicas procesales penales.

Después de tantos años de hablar y de escribir hasta el agotamiento del principio, sistema o proceso acusatorio podemos seguir repitiendo en la actualidad que la expresión (y las similares que contengan la palabra acusatorio) carece de eficacia definitoria y que con la misma no se delimita con precisión un concepto concreto, ni se da precisión a una garantía determinada del proceso penal. Debemos, pues, reiterar una y otra vez que el llamado proceso acusatorio no es más que un verdadero proceso, con sus principios esenciales, mientras que el llamado proceso inquisitivo no existe como proceso. Hablar hoy de principio acusatorio (o de cualesquiera de las variantes de la expresión en las que se alude a lo acusatorio) carece realmente de precisión técnico jurídica y es sólo una manera de hablar propia de políticos.

VI. Lo “acusatorio” como eslogan político

A lo largo del siglo XIX se puso en marcha una larga evolución que llevó a que el Derecho penal se aplicara por los tribunales y precisamente por medio del proceso, y no de otras maneras. Esta evolución no estaba concluida en Europa cuando las doctrinas de base política totalitaria incidieron decisivamente en esa evolución y lo hicieron para propiciar la aplicación del Derecho penal por medios no precisamente procesales. Los ejemplos pueden ser muchos y van desde los países soviéticos a la Alemania nazi, pasando por el fascismo italiano. En Italia, por ejemplo, es evidente que si el Código de procedimiento penal de 1913 se basaba en el principio de la presunción de inocencia, la situación cambió radicalmente con el Código fascista de 1930 (el Código Rocco).

En la actualidad se están utilizando determinadas expresiones más como “banderas de enganche” o como “eslóganes fuerza” para, en el fondo, querer decir que la idea-garantía de que el Derecho penal se aplique sólo por medio del proceso debe seguir hasta convertirse en realidad. Se ha hablado y se sigue hablando del “debido proceso”,

del “proceso justo”, de “proceso acusatorio” e incluso de “sistema acusatorio”, expresiones todas ellas que si se entienden como políticas pueden admitirse, pero que carecen de verdadero contenido técnico jurídico, pues en el fondo todas ellas se refieren a algo muy simple: el Derecho penal debe aplicarse por medio de un verdadero proceso o, si se prefiere y para decirlo más sencillamente: el Derecho penal se aplica sólo por medio del proceso.

Cuando en las constituciones se recogen ahora garantías procesales que se identifican con la expresión derecho al “debido proceso”, pareciera indicarse que existen dos procesos uno “debido” y otro “indebido”, siendo todos ellos procesos, si bien el derecho de las personas se refiere a la modalidad que se califica de “debido”. De la misma manera decir que se tiene derecho al “justo proceso” supone sostener que hay dos clases de procesos, uno “justo y otro “injusto”. Por este camino se habla de también de “proceso acusatorio” como si existiera otro “proceso” que, no siendo acusatorio, debe ser inquisitivo.

Todas estas expresiones pueden tener sentido político pero parece claro que no tienen un contenido jurídico bien determinado. Si partimos de la idea-fuerza de que una de las conquistas más importantes de la humanidad en el camino de la civilización ha consistido en que las penas sólo se pueden imponer por el Estado, dentro de éste por los tribunales y éstos sólo por medio del proceso, deberemos llegar a concluir que lo que importan son dos cosas:

- 1) Determinar cuándo puede hablarse realmente de la existencia de un tribunal en el sentido verdadero de la expresión, para concluir que los requisitos básicos están en las exigencias de tercero, independiente e imparcial, a las que pueden y deben añadirse otras garantías, las cuales sirven para dar efectividad a los requisitos anteriores (caso, por ejemplo, de la predeterminación por la ley o de la responsabilidad).
- 2) Precisar que sólo cabe hablar de verdadero proceso cuando ante ese tribunal comparecen dos partes, por lo mismo parciales, las cuales han de estar en situación de enfrentadas entre sí, disponiendo del derecho de defensa y estando en pie de igualdad. Luego habrá que ir precisando los principios que conforman lo que es el proceso (que suelen ser garantías procesales constitucionalizadas) y aún los relativos a la forma de los actos procesales o principios del procedimiento.

En este contexto el llamado principio acusatorio, como todas las expresiones en las que aparece la palabra “acusatorio”, caso de “sistema acusatorio” o de “proceso acusatorio”, tienen un sentido exclusivamente político, pues a la hora de precisar científicamente cuál es su contenido jurídico, contenido que debería expresarse en garantía procesal, se cuentan tantos contenido como intentos de explicación pueden leerse. Por ello si todos llegáramos a estar de acuerdo en que “lo acusatorio” expresa un eslogan político no existiría por mi parte renuencia a utilizar esas palabras.

LA PROLUSIONE DI ROCCO E LE DOTTRINE DEL PROCESSO PENALE¹

Renzo Orlandi²

SOMMARIO

L'articolo analizza le conseguenze del pensiero giuridico di Arturo Rocco, dal 1910 nella dottrina di procedura penale, ossia, il metodo tecnico-giuridico (esegesi, sistematica e critica). La dogmatica di procedura penale inizia con la monografia di Giovanni Conso, nel 1955. L'insoddisfazione con il tecnicismo giuridico e con la mancanza di maturità scientifica si è manifestata con Carnelutti nel 1946 (Cerenterola), sottolineando le peculiarità strutturali del procedimento penale. In questa prospettiva, il testo sottolinea la conferenza di Franco Cordero nel 1964 (Lecce), così come le lezioni da James Goldschmidt. Inoltre, negli anni sessanta, divennero importanti diritti fondamentali, di fronte alla Costituzione democratica, con un nuovo orientamento dottrinale. Il diritto processuale penale è stato considerato come diritto costituzionale applicato. Si segnalano gli insegnamenti di Amodio, Amato, Chiavario, Ferrua, Grevi, Illuminati, Massa e Nobili. Successivamente, l'articolo mette in evidenza il CPP del 1988, l'internazionalizzazione dei sistemi giuridici, l'importanza del diritto comparato e dei diritti fondamentali. Si conclude con il nuovo ordine mondiale dei diplomi internazionali e tribunali sovranazionali, con nuove esigenze, oltre il tecnicismo giuridico.

PAROLE CHIAVE: Diritto processuale penale. Tecnicismo giuridico. Critiche. Costituzione. Diritti Fondamentali.

ABSTRACT

The article analyzes the consequences of the speech by Arturo Rocco (1910), in the doctrine of criminal procedure, that is to say, about the

¹ In corso di pubblicazione su *Criminalia* 2010, in una sezione dedicata ai 100 anni della prolusione sassarese di Arturo Rocco.

² Professore ordinario della Università di Bologna – Italia.

technical and legal method (exegesis, systematic and critical). The dignity of dogmatic criminal procedure begins with the monograph of Giovanni Conso, in 1955. Dissatisfaction with the legal technicality, and with the lack of scientific maturity is manifested by Carnelutti in 1946 (Cerentrola), emphasizing the structural peculiarities of the criminal proceedings. In this perspective, the text emphasizes the conference by Franco Cordero in 1964 (Lecce), as well as lessons from James Goldschmidt. In addition, in the sixties, became important fundamental rights, in the face of the democratic constitution, with a new doctrinal orientation. The law of criminal procedure has been regarded as constitutional law applied. In this perspective, we highlight the teachings of Amodio, Amato, Chiavario, Ferrua, Grevi, Illuminati, Massa and Nobili. Subsequently, the article highlights the CPP in 1988, the internationalization of legal systems, the importance of comparative law and fundamental rights. It ends with the new world order of international and supranational courts, with new needs, beyond the legal technicality.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Legal technicality. Autonomy. Critical. Constitution. Fundamental Rights.

1. *Premessa.* – Potrà forse apparir singolare che un processualista prenda la parola per commentare la celebre prolusione sassarese di Arturo Rocco. La procedura penale vi è menzionata, infatti, in maniera del tutto marginale. Del resto, all'epoca essa era oggetto di scarsissima attenzione in sede teorica: un accessorio del diritto penale, privo di autonomia didattica e, di conseguenza, oggetto di scarso approfondimento scientifico.

Eppure vale la pena riflettere sugli echi che quel discorso del 1910 ha avuto, negli anni successivi, sulla dottrina processuale. Non tanto nell'immediato, ma a distanza di qualche decennio, quando la procedura penale, acquisita verso la fine degli anni '30 del secolo scorso la dignità di insegnamento fondamentale nella didattica universitaria, diverrà gradatamente oggetto di una più raffinata elaborazione concettuale.

Del resto, l'appello metodologico di Rocco ha un'ampiezza che supera i confini della scienza penalistica. Esso si presenta come decalogo di ogni buon giurista di diritto positivo. I tre gradi dello strumentario tecnico (ricerca esegetica, ricerca sistematica, ricerca critica) non sono un'esclusiva del penalista. In ritardo rispetto ad altre discipline giuridiche, la scienza penale deve mettere a frutto la lezione metodologica maturata nel diritto civile, nel diritto commerciale, nel diritto amministrativo, nel diritto processuale civile.

Non conviene qui indugiare sul contesto che favorì la presa di posizione di Rocco nello scorcio iniziale del secolo scorso. Basterà ricordare lo sconvolgimento provocato dagli esponenti della scuola positiva nelle tradizionali categorizzazioni della dottrina penalistica italiana. Tutto un mondo di concetti pazientemente elaborati dagli autori ottocenteschi, sul presupposto di una responsabilità individuale imperniata sul libero

arbitrio, era stato spazzato via come anticaglia inservibile. Gli argomenti suggestivi e demolitori dei positivisti esigevano risposte capaci di andare al di là delle giaculatorie e delle “incrostazioni metafisiche”. A disagio fra le posizioni per così dire passatiste di quella che sarà poi chiamata la scuola classica e il rivoluzionario approccio progressista della scuola positiva, Rocco cerca una sintesi adeguata alla dottrina penale e capace di superare i limiti dei due indirizzi in contrasto. Egli ritiene di trovarla, per l'appunto, nell'indirizzo da lui stesso qualificato *tecnico-giuridico*,³ con una definizione tesa a evidenziare il carattere strettamente giuridico della scienza penale e la sua autonomia da saperi ausiliari quali l'antropologia criminale, la sociologia criminale, la filosofia del diritto, la scienza politica.

Significativamente, il battesimo del nuovo indirizzo avviene sotto il segno della dottrina tedesca che, nella seconda metà dell'Ottocento, aveva prodotto riflessioni di notevole valore sistematico, capaci di irradiare diversi settori del sapere giuridico.⁴

Qualcuno, forse a ragione, dubitò che la sintesi fosse riuscita.⁵ Comunque sia, il metodo suggerito da Rocco esercitò un forte influsso sui giuristi che operarono nella prima metà del secolo scorso.

Ciò riguardò anche la procedura penale, non foss'altro per il fatto che essa era compresa nel recinto didattico del penalista. La codificazione penale e processuale del 1930 si compì, si può dire, con la benedizione del metodo tecnico-giuridico. Anche se non vanno dimenticate le suggestioni che al processualpenalista venivano dalle dottrine del processo civile.

2. *Il tecnicismo giuridico nella prima fase delle teorizzazioni processualpenalistiche.* – Solo sul finire degli anni Trenta del, come già detto, e precisamente con il r.d. 30 settembre

³ Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. *Riv. dir. e proc. pen.* 1910, 506.

⁴ Gli autori di lingua tedesca sono i più citati nella prolusione del 1910. Numericamente superano di gran lunga sia gli autori francesi sia quelli italiani. Del resto, è un dato di fatto che la cultura giuridica italiana fra Otto- e Novecento stava abbandonando la dottrina di ispirazione realista e formazione francese, preferendogli il “modello a struttura” liberale-autoritario di importazione tedesca (come rilevava S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici.* *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1969, 416).

La penetrazione del pensiero tedesco era già iniziata qualche anno prima in importanti settori della cultura giuridica italiana. Il *System der Subjectiven öffentlichen Rechte* di Georg Jellinek era stato tradotto in italiano nel 1892 con una prefazione di Vittorio Emanuele Orlando. I civilisti Carlo Fadda e Paolo E. Bensa avevano tradotto il *Pandektenrecht* di Bernhard Windscheid. Ricchissima di riferimenti alla dottrina tedesca era, infine, la celebre prolusione bolognese di Chiovenda dedicata alla *Azione nel sistema dei diritti* (1903), nella quale si ravvisa giustamente l'atto di nascita del moderno diritto processuale in Italia: fino a Mortara, la procedura è francofona; si citano spesso i precedenti della cassazione parigina, anche perché la legislazione italiana era largamente ispirata a quella francese del primo Ottocento; con Chiovenda, il diritto processuale diventa decisamente teutonico. Insomma, la prolusione di Rocco matura in un contesto, sempre più dominato da un'aspirazione alla “purezza del metodo giuridico”, che trovava risposte adeguate nella dogmatica di lingua tedesca.

⁵ Secondo S. Ranieri (Sullo stato della scienza del diritto penale in Italia. *Riv. pen.* 1926, 131) “i postulati della dottrina giuridica sono sostanzialmente gli stessi della ‘scuola classica’, della quale costituisce la continuazione nel tempo”. Si vedano anche i rilievi critici di U. Spirito nello scritto citato infra, nt. 8.

1938, n. 1652, l'insegnamento della procedura penale si sdoppia da quello del diritto penale, acquistando così autonomia didattica. Ci vorranno però anni, anzi decenni, per veder crescere gli specialisti di questa disciplina nuova.⁶

Già in quel periodo, tuttavia, alcuni studiosi che dedicano particolare attenzione alla procedura penale muovono da premesse tecnico-giuridiche. Vincenzo Manzini, *in primis*, che nel suo Trattato (edizione 1931) mette al centro della sua ricostruzione teorica le nozioni fondamentali di *rapporto giuridico processuale* e di *presupposti processuali*.⁷ L'ispirazione qui non viene dalla prolusione di Arturo Rocco, bensì dall'altrettanto celebre prolusione bolognese (1903) di Giuseppe Chiovenda⁸ sulla *Azione nel sistema dei diritti*.⁹

Del resto, anche l'opera di Chiovenda, coeva a quella di Rocco, si inquadra nella temperie culturale che agevola riflessioni inclini a sfociare nella messa a punto di un

⁶ O, per meglio dire, *rinnovata*, posto che anticamente, quando, nel 1509 a Bologna fu istituita la prima cattedra penalistica, il *ius criminale* era, essenzialmente e prevalentemente, diritto processuale penale (o, per dirla con il lessico dell'epoca, *practica causarum criminalium*). Pochi anni dopo (1520), troviamo a Pavia un insegnamento denominato *De Actionibus* (dedicato alla procedura sia civile sia criminale), come ci ricorda M. Pisani in uno scritto di straordinario interesse per la storia della nostra disciplina (*L'autonomia didattica della procedura penale in Italia. Ind. pen.* 1967, p. 127 ss.).

Sarebbe interessante una ricerca sulle chiamate di specialisti della procedura penale nelle diverse Università italiane, attraverso i verbali dei consigli di Facoltà e consultando i Bollettini del Ministero PI. Per molti anni, dopo il 1938, la procedura penale è stata insegnata da penalisti "incaricati" della nuova disciplina (si veda, al riguardo, la lamentazione di F. Carnelutti, *Continua la mala sorte di Cenerentola, Riv. dir. proc.* 1960, p. 650). Questo è accaduto soprattutto nei grossi atenei, che procedettero per ultimi alla chiamata di professori di procedura penale (all'epoca, i freschi vincitori di concorso erano destinati alle sedi piccole). Ad esempio, nel 1961 a Milano la procedura penale era ancora insegnata da un "incaricato" (il prof. Alberto Dall'Ora), come risulta dalle parole di Carnelutti al convegno veneziano su *I primi problemi della riforma del processo penale* (si vedano i relativi atti pubblicati nei *Quaderni di San Giorgio*, Sansoni, Firenze 1962, p. 29). Fra le eccezioni – forse unica – l'università di Roma-la Sapienza, dove nel 1938 la cattedra di Procedura penale fu affidata a Vincenzo Manzini (cfr. M. Pisani, *L'autonomia didattica*, cit., p. 136), al quale succedettero prima Alfredo De Marsico (dal 1940 al 1942), quindi Filippo Grisogni, Francesco Carnelutti e poi Giovanni Leone. A Bologna, la prima chiamata sulla cattedra di Procedura penale (prof. Giuseppe De Luca) risale all'anno accademico 1963-1964, un quarto di secolo dopo il decreto del 1938. Consultando gli annuari dell'ateneo bolognese si apprende che, fino ad allora, la disciplina processualistica era stata insegnata, per incarico, dal penalista Silvio Ranieri e (dal 1939 al 1947) da Giulio Battaglini.

⁷ Vol. I, par. 12, p. 72-74.

⁸ Per verità, Manzini non cita Chiovenda. Egli ricorda che la nozione di rapporto processuale, già utilizzata nel suo manuale edito nel 1912, era affiorata pure nella Relazione al Re sul c.p.p. 1913. Cita poi una monografia di Mauro Angioni, *La dottrina del rapporto giuridico processuale nelle sue applicazioni al processo penale*, Cagliari 1913, che già dal titolo lascia intendere un debito di riconoscenza nei confronti degli studiosi del processo civile.

⁹ Vedila in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930, 1 ss. Grazie a Chiovenda, penetrano in Italia le riflessioni di autori tedeschi quali Oskar Bülow e Joseph Kohler, i quali danno una svolta agli studi processualistici postulando il carattere pubblicistico del "rapporto processuale" (anche civile). La monografia di Bülow sulle eccezioni e i presupposti processuali (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868) è comunemente considerata la prima trattazione moderna di diritto processuale: quella che individua con chiarezza il confine fra diritto sostanziale e diritto processuale, inquadrando il secondo nel rapporto Stato-cittadino (alla luce della concezione dello Stato affermatasi nel XIX secolo).

metodo tecnico-giuridico. Per il penalista, è importante delimitare l'oggetto della sua scienza, superando le astrattezze dell'approccio classico, "ostaggio" di premesse metafisiche e le incongruenze dell'approccio positivistico, "ostaggio" di scienze ausiliarie. Per il processualista, è essenziale chiarire il confine fra diritto e processo, sì da studiare quest'ultimo quale meccanismo di applicazione (se non addirittura di produzione) normativa: un meccanismo regolato sì dalla legge dello Stato, eppur animato da una sua dinamica per così dire "naturale" che lo rende parzialmente autonomo da quella stessa legge. Sia i penalisti sia i processualisti avvertivano, comunque, una medesima esigenza: quella di elaborare una dottrina che facesse leva su concetti sistematici o dogmatici capaci di imporsi come una grammatica comune a giuristi e legislatore.

In questo senso si può certo parlare di un tecnicismo giuridico anche per i cultori del diritto processuale. Oltre al già citato Manzini, seguono codesto metodo autori quali Edoardo Massari e il suo allievo Giovanni Leone. Persino Francesco Carnelutti – giurista difficilmente etichettabile, poco incline al pensiero sistematico – verso la fine degli anni Venti prende le difese dell'indirizzo tecnico-giuridico, contro gli attacchi piuttosto irruenti del filosofo Ugo Spirito.¹⁰

Fondati o meno che fossero, quegli attacchi non sortirono l'effetto di scuotere l'edificio teorico che, nel frattempo, anche i processualisti avevano contribuito a costruire.

Di questo ci si renderà conto subito dopo la caduta del regime fascista, quando si porrà il problema di revisionare la codificazione penale del 1930. A un primo moto impulsivo che propugnava un ritorno alle codificazioni previgenti (al codice Zanardelli del 1889 per il diritto penale, al codice Finocchiaro-Aprile del 1913 per il diritto processuale), seguì un atteggiamento più prudente, orientato a riformare i codici fascisti, depurandoli delle incrostazioni autoritarie incompatibili con il sistema democratico.

I processualisti allora più influenti (Giovanni Leone, Giuseppe Sabatini, Remo Panain) fecero leva proprio sul tecnicismo giuridico per giustificare le loro proposte di revisione della legislazione penale fascista. Valga per tutti l'esempio di Giovanni Leone che, in un articolo del 1945,¹¹ intende dimostrare che "ad onta delle opposte apparenze, il tradizionale complesso di principi giuridico-penali, di assodata origine liberale sia stato, durante il ventennio trascorso, energicamente e quasi universalmente difeso e

¹⁰ Nel saggio polemico *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1929, p. 26 ss., Spirito denuncia il fallimento dell'approccio propagandato da Arturo Rocco e ne svela l'inconsistenza teorica: "nulla di strano" egli scrive, "che i fautori del tecnicismo giuridico abbiano finito per trovarsi con il fardello di entrambe le scuole [la classica e la positiva] sulle braccia e soffocati dal peso di un inutile congerie di morti residui" (*ivi*, p. 26-27). In replica a quell'attacco, Carnelutti (*Il tecnicismo giuridico, ibidem*, p. 117), pur considerando la lezione metodologica di Rocco una tappa destinata ad essere superata, ne riconosce il valore scientifico e rileva che un analogo programma tecnico-giuridico s'è affermato nel diritto commerciale (nella contrapposizione fra Vivante e Bolaffio) così come nel diritto processuale civile, con la "maestrevole opera del Chiovenda e, alla debita distanza, della mia". Lo stesso Carnelutti, dunque, verso la fine degli anni '20, si sentiva vicino all'indirizzo tecnico-giuridico.

¹¹ La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio, in *Arch. pen.* 1945, 23 ss.

tenuto fermo dai giuristi italiani”. E più sotto aggiunge che di ciò si trova conferma innanzitutto nella “riconduzione del diritto penale allo schema del rapporto giuridico [...] di cui si fece interprete in Italia l’indirizzo tecnico-giuridico”, col risultato di salvaguardare i principi di legalità e di irretroattività della legge penale.

Bisogna riconoscere, infatti, che sul terreno processuale, la nozione di rapporto giuridico consentì alla giurisprudenza di superare in via interpretativa certe asprezze della legge processuale particolarmente ostili alle ragioni della difesa, come l’abolizione delle nullità assolute per errori procedurali macroscopici.¹²

3. *Gli anni Cinquanta* – Il tecnicismo giuridico caratterizza anche gli anni Cinquanta. In uno scritto del 1952 dedicato proprio ad Arturo Rocco, Girolamo Bellavista fa un bilancio della scienza processualpenalistica dei precedenti decenni.¹³ Si tratta di un documento interessante, perché vi si riflette l’atteggiamento di un giurista già maturo (all’epoca più che quarantenne), consapevole dei limiti della scienza processuale. Fedele seguace del metodo tecnico-giuridico, egli denuncia il “rachitismo” della dottrina processuale penale e ne individua la causa principale nella scarsa autonomia didattica di una dottrina per di più ferma alla ricerca esegetica, ancora incapace di ergersi sul piano della ricerca sistematica (o dogmatica).

All’inizio degli anni Cinquanta, erano ancora rare le Università che avevano fatto chiamate sulle cattedre di Procedura penale. Nella maggior parte degli atenei, la disciplina era affidata per incarico ai docenti di diritto penale, la cui produzione (anche a fini concorsuali) era comprensibilmente sbilanciata su tematiche sostanziali. Non che fossero mancati, in anni precedenti, tentativi di sistemazione concettuale degli istituti processuali. Bellavista cita il manualetto di Luigi Lucchini, pubblicato nei primi anni del secolo,¹⁴ come “opera con la quale il diritto processuale penale può dirsi che abbia il suo battesimo scientifico”.¹⁵ Per gli anni successivi, si citano autori quali Manzini, Massari,

¹² Innovando rispetto al codice del 1913, quello del 1930 aveva trasformato in relative tutte le nullità. Quale che fosse l’inosservanza sottostante, l’invalidità era sempre sanabile. Proprio traendo spunto dall’idea di rapporto giuridico processuale la giurisprudenza di legittimità andò elaborando il concetto di inesistenza, onde evitare che si sanassero le nullità che il codice previgente considerava insanabili: veniva quindi sfidata la legge attraverso la creazione di una sanzione atipica (eccezione al principio di tassatività delle invalidità processuali) per quelle inosservanze (quali, ad esempio, la celebrazione di un’udienza dibattimentale in assenza del difensore) che pregiudicavano il valido costituirsi del rapporto in questione. Si veda, ad esempio, Cass. sez. I, 28 maggio 1934, in *Giust. Pen.* 1935, IV, c. 397.

¹³ Sullo stato attuale della scienza del diritto processuale penale in Italia, in *Studi in Memoria di Arturo Rocco*, Giuffrè, Milano 1952, p. 151 ss.

¹⁴ *Elementi di Procedura penale*, Firenze, 1905.

¹⁵ *Sullo stato attuale*, cit., p. 155: Lucchini “seppe liberarsi dalla schiavitù del commentario per tracciare, sia pur sommariamente, ma organicamente, la sistemazione scientifica del processo penale ricollegandone le nozioni – così come per primo il Mortara aveva fatto nel campo processuale civile – ai principi fondamentali del diritto pubblico, rilevandone i nessi col diritto amministrativo e col costituzionale, determinandone la cosiddetta posizione enciclopedica, orientando con la teoria dell’azione – già delineata sin dal 1903 dal Chio-

Delitala, Leone, de Marsico, che offrono pregevoli contributi di carattere sistematico.¹⁶ Ma, nel complesso, il panorama degli studi penalprocessualistici resta deprimente, soprattutto se raffrontato con il coevo avanzamento delle dottrine processualcivilistiche.

Ed ecco la ricetta di Bellavista:

“Eliminare le cause della decadenza, intensificare la produzione dogmatica, rifuggire dalla critica, approfondire la conoscenza scientifica degli istituti, sottrarsi alla supina imitazione di schemi e di teorie non adattabili al processo penale, questo, in sintesi è il programma inteso a trarre la scienza del diritto processuale penale dalla *mediocritas*, nemmeno *aurea*, nella quale versa oggi giorno”.¹⁷

Basta, dunque, con le trattazioni piattamente esegetiche. Alla *scienza della legge* va preferita la *scienza del diritto*. All’*esegesi*, il sistema. Occorre dare il giusto spazio alla ricerca dogmatica, nella quale il metodo tecnico-giuridico individua la chiave di volta di un atteggiamento veramente scientifico.

L’auspicio di Bellavista troverà di lì a poco una sua significativa realizzazione nella prima importante monografia di Giovanni Conso.¹⁸ Esce nel 1955 il volume su *I fatti giuridici processuali penali: perfezione ed efficacia*. Un’opera che – col piglio sistematico raccomandato dal metodo tecnico-giuridico – chiaramente ambisce a porre le basi di una considerazione strettamente giuridica del processo. Rifacendosi alle nozioni (ormai tradizionali) di *rapporto processuale* e di *presupposto processuale*, l’Autore analizza la dinamica del processo alla luce della nozione di *fattispecie giuridica*. Nozione, questa, comune a tutte le discipline giuridiche, ma che attende di essere concettualmente precisata per quella disciplina (ancora nuova) rappresentata dalla Procedura penale. Il merito di questa monografia¹⁹ è stato quello di aver dato dignità dogmatica e, quindi, scientifica

venda sulle orme della dottrina tedesca – la dottrina processuale penale verso i problemi scientifici e pratici muoventesi intorno a questo concetto”.

¹⁶ Non sono molte le opere con pretesa di approfondimento monografico pubblicate prima del 1938 e meritevoli di essere a tal riguardo ricordate: ecco un elenco delle più significative: V. Manzini, *Le questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale ed amministrativo nel processo penale*, Firenze, 1899, e Idem, *Atti in generale, prove, azione penale, istruzione, giudizio, sentenza, impugnazioni, esecuzione*, Milano, 1914; A. De Marsico, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915; Giacomo Delitala, *Il divieto della reformatio in pejus nel processo penale*, Milano, 1927; Edoardo Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934.

Oltre agli autori citati nel testo, vanno ricordate opere di penalisti attenti al fenomeno processuale quali G. Battaglini, *Il diritto di querela: fondamento politico dell’istituto, natura giuridica, nascita del diritto di querela, esercizio, estinzione*, Torino, 1915; E. Florian, *Prove penali*, Milano 1917; S. Ranieri, *L’azione penale: contributo alla teoria dell’azione nel diritto processuale penale*, Milano, 1928 e G. Paoli, *La nozione di lite nel processo penale*, Padova, 1930.

¹⁷ *Sullo stato attuale*, cit., p. 173.

¹⁸ Giovanni Conso è, in ordine di tempo, il primo studioso “puro” del diritto processuale penale. Si può dire che in lui si realizza appieno quell’autonomia didattica della disciplina auspicata da Girolamo Bellavista.

¹⁹ E della monografia (sempre del 1955) su *Il concetto e le specie di invalidità*, che della precedente può esser considerata il completamento.

alla molteplice varietà di effetti giuridici che gli atti e i fatti processuali sono idonei a produrre. Tali effetti giuridici meritano di essere classificati e catalogati per differenze o similitudini, in maniera da ricavarne quei principi di carattere sistematico che – secondo il metodo tecnico-giuridico – permettono, sul piano didattico, di spiegare chiaramente il fenomeno processuale e, sul piano pratico, di affrontare con maggior consapevolezza e cognizione di causa anche la più delicata questione interpretativa.

Molti autori, negli anni successivi, seguiranno la via così tracciata,²⁰ proprio mentre si avvicina il momento di crisi dell'indirizzo tecnico-giuridico nell'ambito degli studi processualpenalistici.

L'insoddisfazione seguita alla vasta riforma processuale del 1955 fa prevalere l'elemento critico su quello dogmatico. Interprete autorevole del malcontento, Francesco Carnelutti, il quale interviene sulla sua rivista per denunciare lo stato di crisi della giustizia penale,²¹ determinata – a suo avviso – oltre che da immaturità scientifica, anche da un eccesso di reverenza nei confronti del dato normativo.²²

4. *Tramonto del tecnicismo giuridico* – A rileggerla oggi, ci si rende conto che quella denuncia preannuncia se non il rapido tramonto, quanto meno il crepuscolo del metodo propugnato da Rocco nella prevalente cultura processualpenalistica.

Carnelutti non è certo un seguace del tecnicismo giuridico, che pur difese nella già segnalata polemica con Ugo Spirito. Una personalità di grande intuito, lo potremmo definire, fortemente caratterizzata in senso antidogmatico, refrattario a una sistematica di stampo positivistico (nel senso del positivismo giuridico). Egli dedicherà gli ultimi anni della sua carriera accademica alla procedura penale, accettando la chiamata sulla cattedra romana della Sapienza, desideroso di contribuire alla dignità scientifica di questa disciplina. L'intento è espresso esplicitamente in uno scritto del 1946 intitolato *Cenerentola*.²³ Come la protagonista della fiaba, anche la procedura penale è costretta a vestire gli abiti smessi dalle sorellastre. Non una vuota autonomia disciplinare, né l'elaborazione di un sistema fatto di concetti astratti, bensì la profonda comprensione dell'intimo rapporto fra processo e pena è la via da seguire per nobilitare la procedura penale, promuovendola al rango di scienza e, dunque, meritevole di mutare il suo nome in *diritto processuale penale*.

Diversamente dal processo civile, la cui posta in gioco riguarda l'*avere*, quello penale ha sempre di mira l'*essere* della persona. Il modello, pertanto, è quello della giurisdizione

²⁰ Si vedano, in particolare, alcune delle monografie pubblicate nella collana "Studi di diritto processuale penale" edita da Giuffrè e diretta proprio da Giovanni Conso a partire dal 1959.

²¹ La crisi della giustizia penale, in *Riv. dir. proc.* 1958, p. 333 ss.

²² Giuristi scientificamente sprovveduti, per giunta abituati a occuparsi "più della legge *com'è* che non come *dovrebbe essere*" (*loc. ult. cit.*, p. 334) sono incapaci di far da guida al legislatore, suggerendo le soluzioni tecniche adeguate ai problemi del tempo.

²³ In *Riv. dir. proc.* 1946, I, p. 1 ss.

volontaria, non contenziosa. Ciò comporta una peculiarità strutturale del processo penale. Solo in esso si avverte la necessità di regolamentare la fase che precede l'esercizio dell'azione, la fase dedicata alla preparazione dell'accusa. Nulla di simile esiste nel processo civile di tipo contenzioso.

Muovendo da questa semplice constatazione²⁴ e su posizioni apertamente critiche rispetto al metodo tecnico-giuridico, così ottusamente restio a prender in considerazione il *dover essere* (della norma), Carnelutti si farà paladino, tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio dei Sessanta, di una profonda riforma processuale. La bozza da lui redatta nel 1962 su incarico del ministro della giustizia Gonella non avrà seguito immediato, sul terreno legislativo. Costituirà tuttavia un evento importante sul piano del dibattito interno alla procedura penale italiana e contribuirà al superamento dell'approccio tecnico-giuridico.

Lo conferma l'intervento di Franco Cordero nel convegno leccese del 1964 dedicato alla riforma del processo penale: un convegno memorabile nella storia della nostra disciplina.²⁵ Si capisce subito, dall'*incipit* della relazione, quale distanza separi il giovane Cordero dall'approccio tecnico giuridico. "Vi sono idee che non ammettono neppure il tentativo di un approccio critico" afferma con tono quasi spavaldo: "l'accoglierle è un fatto mistico, ma il processo penale, nel nostro tempo almeno, non appartiene tanto alla sfera del mistico, quanto alla prassi ragionata". Si coglie, in queste parole, una marcata estraneità all'approccio formalistico propugnato dai tecno-giuristi. Il linguaggio è nuovo così come nuovi sono i concetti fondamentali. Non ricorrono le tradizionali categorie del tecnicismo giuridico, quali il *rapporto giuridico processuale* o i *presupposti processuali*. Il processo è concepito ben più realisticamente come fenomeno agonistico, come contesa fra accusa e difesa. La posta in gioco è politica, non solo giuridica. Oltre che di Carnelutti (del cui progetto di riforma Cordero terrà ampiamente conto nella propria relazione), si sente l'eco di James Goldschmidt.²⁶ Nel secondo atto dell'accennato convegno svoltosi, sempre nel 1964, a Bellagio, Cordero difende la proposta ispirata all'idea carnelut-

²⁴ Più volte ribadita in diversi luoghi: si vedano, in particolare, *La crisi della giustizia penale*, cit., p. 336 e p. 348; *Principi del processo penale*, Napoli 1960, p. 8 ss.; Premessa, in *Primi problemi della riforma del processo penale*, a cura di G. De Luca, Firenze 1962, p. 16 ss.

²⁵ Gli atti sono pubblicati nel volume curato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale col titolo *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano 1965.

²⁶ E' bene segnalare che la prima monografia di Franco Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1956, di marcata ispirazione metodologica, svela molteplici punti di contatto col pensiero (pur criticamente vagliato) del grande processualista tedesco e, in particolare, col suo fondamentale *Der Prozess als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925. Pur muovendo da un approccio formalistico, la monografia del 1956 ripudia il concetto di "rapporto giuridico processuale" (p. 14-19) e si apre a una visione funzionale della dinamica processuale, vale a dire al rilievo delle interazioni fra le situazioni soggettive di "potere", "dovere", "onere", "facoltà" nel cui avvicinarsi si risolve l'esperienza processuale. L'analisi, imperniata su categorie dogmatiche, è condotta secondo lo stile tecnico-giuridico, ad esempio in quanto persegue la messa a punti di concetti sistematici, ma la scelta di guardare al fenomeno processuale dall'angolo prospettico delle ricordate "situazioni soggettive" proietta il discorso (e l'attenzione del lettore) oltre il formalismo della scuola tecnico-giuridica.

tiana dell'inchiesta di parte, con affermazioni che meritano di essere qui riportate, per il loro evidente valore politico:

“[...] il contraddittorio (seriamente inteso come partecipazione dei contendenti alla formazione delle prove) può essere inteso in due sensi: è utile, in quanto favorisce il buon risultato dell'istruzione probatoria, ed è moralmente necessario; un processo senza contraddittorio, anche se fosse garantita la giustizia della decisione, sarebbe un prodotto ideologicamente deterioro.”

E, subito dopo:

“giudicare un nostro simile è impresa terribile, che supera i limiti della condizione umana; anche qui la caccia val più della preda e cioè il modo in cui si agisce val più del risultato. Si può immaginare un processo dal quale, comunque la cosa vadano, la civiltà esca umiliata e un altro nel quale la dignità dell'uomo è rispettata: il che rende tollerabili persino gli inevitabili errori”.²⁷

Parole lontane dallo stile del tecno-giurista. Viene piuttosto alla mente un'altra volta Goldschmidt il quale, nell'introdurre la sua monografia sulle situazioni giuridiche, scrive che “il diritto processuale non può allignare che sul terreno del liberalismo”.²⁸ Il giurista si deve battere per affermare anche nel processo la democrazia che si predica in politica. Del resto, anche il processo giudiziario (analogamente a quello legislativo) culmina in una sentenza che, a ben vedere, vale come norma del caso singolo: norma particolare e concreta, adottata sulla scorta di regole generali ed astratte espresse nelle formule legislative, che (da un punto di vista “democratico”) sarebbe scorretto imporre, se chi ne subisce gli effetti non avesse avuto la possibilità di partecipare alla sua formazione.

L'esperienza processuale diventa oggetto di uno sguardo diverso, inedito per la cultura giuridica italiana. A ciò contribuisce anche la prospettiva di radicali riforme, che fa apparire obsoleto il metodo tecnico-giuridico, istintivamente associato – a torto o a ragione – alla conservazione dello *status quo* normativo. Atteggiamenti antiformalistici sono altresì incoraggiati dall'opera della Corte costituzionale, sovente chiamata – nel corso degli anni Sessanta – a esprimersi circa la conformità delle norme del codice di rito con la tavola di valori espressa nella carta fondamentale. Ne scaturisce una tensione verso il nuovo, un ragionar per principi (non dogmatici, bensì costituzionali) che caratterizzerà la generazione dei giovani processualisti che si affacciano in quell'epoca.

Tra la fine degli anni Sessanta e la fine dei Settanta, si verifica un mutamento nello stile dottrinale. Si fanno più serie e ragionate le critiche al formalismo giuridico, ispirato a quella sorta di prosecuzione (pur aggiornata) del metodo tecnico-giuridico

²⁷ *Criteri direttivi per una riforma*, cit. p. 356.

²⁸ “*Das Prozessrecht kann nur auf dem Boden des Liberalismus oder es kann gar nicht gedeihen*”: così nel *Vorwort* a *Prozess als Rechtslage*, cit., p. V.

rappresentata dal positivismo giuridico.²⁹ L'astrattezza delle categorie concettuali elaborate per interpretare il diritto positivo appare di colpo incapace di afferrare la ricchezza dell'esperienza giuridica e inadeguata ad accogliere l'orientamento al contempo individualistico esolidaristico che promana dalla costituzione democratica.³⁰

In quegli anni, la società italiana vive momenti di rapida trasformazione. Il benessere accentua la sensibilità comune sui diritti fondamentali della persona e sulla necessità di una loro maggior tutela di fronte alle iniziative repressive dell'autorità pubblica. La magistratura è attraversata da tensioni che sfociano in teorie sull'uso alternativo del diritto. Basti pensare al convegno di gardone organizzato dall'ANM nel 1965, nel quale passa un ordine del giorno che apre nuovi orizzonti all'attività interpretativa del giudice. Si acquista consapevolezza che il diritto processuale penale è, essenzialmente, diritto costituzionale applicato. Anziché cercare nella legge ordinaria conferma dei principi costituzionali, si studiano e si analizzano i principi costituzionali, per trarne spunti e argomenti di critica alla legge processuale ordinaria. Confermano un simile approccio gli studi di Giuliano Amato sulla libertà personale,³¹ di Vittorio Grevi sul diritto al silenzio,³² di Massimo Nobile sul libero convincimento,³³ di Mario Chiavario sulle garanzie individuali nel processo penale,³⁴ di Ennio Amodio sulla motivazione della sentenza,³⁵ di Giulio Illuminati sulla presunzione d'innocenza,³⁶ di Paolo Ferrua sull'oralità della prova.³⁷ Né vanno dimenticati i significativi contributi di Michele Massa sui giudizi di primo e di secondo grado³⁸ che, pur attenti al dato dogmatico, lasciano trasparire una costante preoccupazione per gli sfondi irrazionali e, per così dire, esistenziali dell'esperienza giuridica.

Ingrediente comune di queste opere è la critica serrata all'esistente e la tensione verso un nuovo modello processuale, secondo linee tratte da una lettura socialmente impegnata della Costituzione.³⁹

²⁹ Merita di essere ricordata, al riguardo, l'uscita nel 1967 del *Saggio sul diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi Vallauri.

³⁰ Si veda il breve e arguto scritto polemico di G. Fassò, *Il positivismo giuridico "contestato"*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1969, p. 298 ss.

³¹ *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967.

³² *Nemo tenetur se detegere: interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972.

³³ *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974.

³⁴ *Processo e garanzie della persona*, Milano 1976.

³⁵ *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano 1977, p.173 e s.

³⁶ *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979.

³⁷ *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Milano 1981.

³⁸ *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano 1964 e *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano 1969.

³⁹ Esemplare, al riguardo, il volume su *La disciplina costituzionale del processo*, pubblicato da M. Nobile nel 1976 (Bologna, tip. Lorenzini). Un'opera con finalità didattiche, nella quale l'autore dedica ampio spazio alla questione metodologica. Egli avverte l'esigenza di prender le distanze dal metodo "tecnico-giuridico" o "dogmatico" (p. 11), per approdare a un "metodo integrato" (p. 17 ss.) capace di accogliere nel proprio grembo

La tensione si allenta fino a sciogliersi sul finire degli anni Ottanta, con l'entrata in vigore del codice riformato. Raggiunto il risultato sognato da tempo, occorre spiegare l'esistente, per di più in un contesto politico-costituzionale dai connotati nuovi; un contesto che pone nuove sfide ai giuristi, non esclusi i cultori del diritto processuale penale.

5. *Attuali tendenze delle dottrine processualistiche* – Non è solo la riforma del 1988 ad aver influito sullo stile dottrinale del processualista. L'entrata in vigore del nuovo codice coincide con l'inizio di una poderosa internazionalizzazione degli ordinamenti giuridici. Gradualmente, il fenomeno tocca anche il diritto e la procedura penale.

Negli anni Novanta – dopo la caduta dei regimi socialisti dell'Est – l'integrazione europea subisce una forte accelerazione. Il diritto interno dei singoli Stati ne esce modificato, per le cessioni di sovranità che il processo di unificazione comporta. Aumenta l'importanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, giacché le condanne della Corte di Strasburgo debbono essere prese più seriamente di quanto accadeva nei decenni precedenti.

Il giurista deve fare i conti con una realtà normativa che registra trasformazioni profonde. Le diatribe metodologiche dei tempi passati erano tutte incentrate su una legge statale caratterizzata da una certa stabilità nel tempo.

Il tecnicismo giuridico predicava la triade esegesi-dogmatica-critica, avendo di mira un quadro normativo assai semplice. Già l'avvento della costituzione democratica – con le sue norme programmatiche sovraordinate alla legge statale – complicò quel quadro, determinando quel rinnovamento dello stile dottrinale del quale si è detto poco fa.

Ora, la situazione è ancora più complessa, grazie alla presenza di normative soprannazionali direttamente applicabili dal giudice italiano e al peso che vanno assumendo le Corti europee (Strasburgo e Lussemburgo) nel diritto interno. Ciò non può restare senza effetti sul terreno della riflessione metodologica.

I profondi cambiamenti nella realtà degli Stati nazionali, la perdita di centralità della legge statale, la crescente importanza del formante giurisprudenziale rendono necessaria una riflessione sul metodo in tutti i settori dell'esperienza giuridica,⁴⁰ ma principalmente in quello penale, per l'intimo rapporto che intercorre fra idea di sovranità ed esercizio del potere punitivo.⁴¹

anche quelle scienze ausiliarie (in particolare la sociologia del diritto) che il tecnicismo-giuridico aveva inteso emarginare dall'oggetto della scienza penale. Di M. Nobili si veda inoltre lo scritto *La procedura penale tra "dommatica" e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *La questione criminale* 1977, p. 51 ss.

⁴⁰ Molto istruttiva, in proposito, la lettura di M. R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010, alla quale si rinvia anche per la ricca bibliografia sulla crisi che stanno attraversando gli ordinamenti statuali per i riflessi che la globalizzazione economica è capace di irradiare sulle istituzioni pubbliche nazionali. Si vedano, inoltre, sull'attuale crisi dello Stato nazionale S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma 2002 e P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società, diritto, Stato*, Milano 2006, p. 279 ss.

⁴¹ Per qualche iniziale riflessione al riguardo sia consentito rinviare ai precedenti saggi *Giustizia penale e ruolo dello Stato*, un rapporto in crisi, in *il Mulino* 2002, p. 863 ss., nonché *Trasformazione dello Stato e*

Un riposizionamento metodologico si impone, dunque, anche per lo studioso del processo penale, posto che stiamo vivendo un momento di discontinuità nell'evoluzione dello Stato. In fondo, a ben vedere, il metodo tecnico-giuridico fu messo a punto per adeguare l'arsenale concettuale del penalista alla nuova realtà dello Stato nazionale unitario. E fu l'avvento della Costituzione repubblicana, con le dottrine che da essa lentamente scaturirono, a imporne il superamento. Ora, la varietà e molteplicità delle fonti normative, l'accennata compenetrazione fra diritto interno e ordinamenti sovranazionali, il crescente peso della giurisprudenza sia nel diritto interno (Corte costituzionale e Corte di cassazione) sia nel diritto *lato sensu* europeo (Corte di giustizia europea e Corte europea dei diritti dell'uomo) rendono obsolete le metodologie maturate nelle epoche precedenti.

Ben poco si può salvare, pertanto, del metodo tecnico-giuridico, così come illustrato da Rocco nella sua prolusione sassarese. Intendiamoci: nessuno dubita che pure il giurista odierno fa dell'*esegesi*, quando si sforza di interpretare una norma; fa della *dogmatica*, quando cerca di riunire in concetti generali figure o situazioni distinte, accomunate da significativi tratti comuni; fa della *critica*, quando esprime posizioni dissonanti con gli statuti normativi esistenti, suggerendo modifiche spesso tratte dalla *comparazione* (diacronica e sincronica). Ancor oggi, grosso modo, questi possono esser considerati gli arnesi del mestiere per il giurista positivo. Quel che cambia, mi sembra, è l'ordine del loro impiego.

Per Rocco, la corretta applicazione del metodo prevedeva che l'*esegesi* precedesse la costruzione dogmatica e che quest'ultima precedesse la critica su base comparativa. Oggi parrebbe consigliabile procedere con una sequenza diversamente combinata.

Ogni problema giuridico suppone innanzitutto un'attenta ricognizione delle norme ad esso applicabili (nel diritto interno e nella corrispondente giurisprudenza, oltre che, eventualmente, nel diritto europeo e nella giurisprudenza delle corti europee). Già l'*esegesi* si presenta quindi assai più complessa di quella semplice analisi letterale del testo normativo a cui si pensava cento anni fa, quando il diritto penale e processuale rinviavano all'unica fonte normativa rappresentata dalla legge statale.

Interpretata la norma, il giurista moderno ne verifica la ragionevolezza alla luce di norme sovralegali (Costituzione italiana, Costituzione europea, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e ne saggia la praticabilità sulla scorta di un'intelligente comparazione con esperienze passate o di altri ordinamenti contemporanei. Dall'*esegesi* si passa, dunque, direttamente alla critica, per dirla con i tecno-giuristi.

Quanto alla dogmatica (o sistematica), essa costituisce il risultato di un'opera di astrazione volta a condensare in concetti generali le caratteristiche comuni di istituti e situazioni diverse, sì da migliorare la comprensione del fenomeno giuridico studiato, realizzando al contempo un'economia del pensiero e del discorso.

crisi della giustizia penale, in *Il tramonto della modernità giuridica*. Un percorso interdisciplinare, a cura di M. Vogliotti, Torino 2008, p. 235 ss.

Come la si intende oggi, la dogmatica mi sembra diversa da quella che aveva in testa Arturo Rocco. Quella era calibrata sull'unica fonte normativa data: la legge dello Stato. C'era, in essa, qualcosa di (laicamente) sacrale e duraturo nel tempo, perché ampi erano gli archi temporali che le leggi lasciavano presagire. Oggi, invece, la dogmatica si nutre di una varietà di riflessioni, maturate su normative plurime e interpretazioni giurisprudenziali in permanente evoluzione. Aver di mira la sola legge statale, espone al serio rischio di costruire concetti inadatti allo scopo pratico di meglio intendersi e di meglio orientare le prassi giudiziarie o forensi. La dogmatica odierna – per chi ancora desidera coltivare quest'arte con risultati soddisfacenti – ha bisogno di riflessioni ad ampio raggio, consapevoli dell'intreccio di fonti normative (interne e sovranazionali), pronte a considerare attentamente le rispettive interpretazioni giurisprudenziali e che sappiano altresì valorizzare le elaborazioni concettuali maturate in esperienze straniere, in quanto appaiano utili alla miglior comprensione della nostra esperienza.

Un metodo che pretende di rispondere alle esigenze e alle sensibilità attuali non può tuttavia limitarsi all'analisi giuridica degli istituti. La procedura penale è anche una pratica che, se la si vuol comprendere negli angoli inaccessibili all'analisi giuridica, va studiata nei suoi concreti aspetti applicativi, con attenzione al dato empirico (ad es., quante le archiviazioni in un determinato lasso di tempo? Quante le condanne e quanti i proscioglimenti? Quale la percentuale dei riti speciali? Quante le sentenze impugnate? Con quali esiti? etc.). E' vero che bisogna andarci cauti con le statistiche o, più in generale, con i dati di realtà (es. interviste a magistrati o avvocati). Il giurista (almeno quello italiano) ha, al riguardo, una cocciuta diffidenza. Bisogna però considerare che le scienze sociali hanno raggiunto una considerevole raffinatezza nell'uso di codesti strumenti. Avvalersene da parte del giurista è certo difficile e rischioso, ma non può essere questa una ragione sufficiente per escludere ponderate riflessioni sui dati empirici riguardanti la giustizia, a fronte dei vantaggi che potrebbero venirne in termini di consapevolezza circa i problemi della nostra procedura penale e di formulazione di proposte sensate per affrontarli.⁴²

Il discorso sul metodo del processualista odierno meriterebbe una riflessione più articolata e uno spazio superiore a quello consentito al presente contributo. Il pur frettoloso promemoria sarebbe tuttavia gravemente monco, se non lo completasse qualche altra osservazione.

La prima riguarda i rapporti fra diritto processuale e diritto penale. Quando Rocco scriveva la sua prolusione, le due specialità erano riunite in un unico bagaglio: quello del penalista. Lo sdoppiamento del 1938 ha separato, sul piano accademico, due dis-

⁴² Spesso, chi critica l'uso delle statistiche o di dati empirici nella dottrina processualpenalista non esita, poi, a trarre dalla propria personalissima esperienza (di avvocato o magistrato) spunti per convalidare tesi interpretative, per difendere lo *status quo* o per motivare proposte di riforma: da un punto di vista "scientifico", promuovere l'esperienza personale al rango di esperienza-tipo è atteggiamento assai più discutibile e sbagliato che servirsi di dati empirici (dei quali, ovviamente, sia stata vagliata l'affidabilità). Col che non si vuol escludere che pure esperienze personalissime siano talvolta illuminanti e istruttive.

cipline che nella realtà sono inscindibilmente unite. Il diritto penale, infatti, diversamente dal civile, può attuarsi (giuridicamente) solo attraverso processo. La scissione ha certo avuto l'effetto positivo di conferire alle tematiche processuali un risalto, sul terreno sia didattico sia letterario, che queste non avevano, finché sono state oggetto di un'attenzione, per così dire, marginale nei corsi di diritto penale. Ma quel che si è guadagnato in profondità (nello studio sistematico degli istituti processuali), lo si è perduto, per così dire, in latitudine, giacché il processualista ha amputato dai propri programmi di ricerca e insegnamento la teoria del reato, la teoria della pena, la parte speciale etc. Negli anni immediatamente successivi allo sdoppiamento il problema non è stato avvertito, perché – come già rilevato – la procedura penale era insegnata da docenti specializzati nel diritto penale sostanziale. Ma, a partire dagli anni Sessanta, i docenti chiamati sulle cattedre di procedura penale sono pressoché tutti dei processualisti puri. Essi approfondiscono solo una faccia della complessa realtà penale e lo fanno, per lo più, con l'orgoglio che si accompagna a un'autonomia da poco conquistata, timorosi di perderla nel confronto con la folta e agguerrita pattuglia dei "cugini" penalisti. Forse per questo, negli ultimi decenni sono state assai rare le occasioni di incontro e dialogo fra le due discipline. In realtà, la quasi assenza di dialogo impoverisce entrambi i fronti, perché anche i penalisti, non più abituati a guardare il reato dal prisma dell'accertamento processuale, colgono solo una parte della complessa realtà penale. Eppure sono davvero molti e importanti i temi sui quali sarebbe preziosa una riflessione comune: la notizia di reato, la competenza, le misure cautelari, l'oggetto e la valutazione della prova, l'imputazione del fatto, le impugnazioni, la prescrizione e l'elencazione potrebbe continuare. Ognuno di codesti grandi capitoli del diritto processuale potrebbe giovare delle raffinate analisi dei colleghi penalisti, i quali, reciprocamente, troverebbero nelle categorie concettuali elaborate dai processualisti spunti per speculazioni meglio calibrate sulla dinamica procedurale.⁴³ Più in generale, le riflessioni di politica criminale costituiscono, in prospettiva futura, un fertile terreno di confronto. Auspicabile perciò che crescano gli spazi e le occasioni di scambio fra i due ambiti disciplinari.

Il diritto penale non è la sola disciplina giuridica con la quale il processualista deve intrattenere rapporti di buon vicinato e di scambio proficuo. Oltre al diritto costituzionale, col quale – come accennato – v'è un rapporto di derivazione o discendenza più che di affinità,⁴⁴ sempre più importante si rivela la relazione o, meglio, l'intreccio con taluni settori del diritto amministrativo. L'evoluzione in senso preventivo del sistema penale, l'enfasi sulla sicurezza delle moderne politiche criminali, espone i diritti individuali al

⁴³ Il penalista-tipo affronta lo studio del reato eliminando mentalmente quell'"accidente" lungo e tortuoso che è l'iter giudiziario. Egli dà solitamente rilievo a un solo momento del processo: quello in cui il giudice decide il merito della causa o, addirittura, quello in cui il giudice di legittimità si pronuncia sulla sentenza di merito. Come il fatto di reato sia considerato nelle fasi precedenti (da polizia, pubblico ministero, giudice cautelare etc.) è cosa che per lo più non viene presa in considerazione.

⁴⁴ Vale la pena ripeterlo: il diritto processuale penale è – per dirla con i tedeschi – diritto costituzionale applicato (*angewandtes Verfassungsrecht*, secondo la locuzione introdotta da H. Henkel, *Das Deutsche Strafverfahrensrecht*, Hamburg, 1943, p. 86).

rischio di essere autoritariamente compressi anche in assenza di addebiti penali: si pensi ai sequestri e alle confische disposte nel corso dei procedimenti di prevenzione *ante delictum* oppure ai trattenimenti degli immigrati nei centri di identificazione ed espulsione. Siamo fuori del processo penale, ma gli interessi (individuali e pubblici) in gioco sono gli stessi. Siamo fuori del processo penale, eppure – nell’epoca del diritto penale securitario – accade sovente che attività di carattere amministrativo predispongano materiale conoscitivo utile per avviare un’indagine penale e per formare il convincimento giudiziale. Ed è facile rendersi conto di quanto le sinergie tra attività amministrativa e attività giudiziaria siano agevolate dall’uso delle tecnologie informatiche.

C’è poi un campo che i cultori del diritto processuale penale dovrebbero coltivare in proprio. Alludo all’ordinamento giudiziario, tradizionalmente curato dai colleghi processualcivilisti e, in epoca più recente, dai costituzionalisti (Bartole, Pizzorusso, Romboli, Zanon), nonché da studiosi di scienza politica (Di Federico, Guarneri, Pederzoli). E’ strano che i processualpenalisti non avvertano l’esigenza di occuparsene a loro volta, per la parte che strettamente li riguarda. Eppure, negli ultimi vent’anni, le riforme più significative sul terreno dell’organizzazione giudiziaria hanno riguardato il settore penale: si pensi alle riforme che nel 1991 hanno modificato la struttura organizzativa degli uffici d’accusa; a quelle che, a partire dallo stesso periodo, hanno cercato di centralizzare le organizzazioni di polizia per un più efficace contrasto al crimine organizzato. La stessa riforma dell’ordinamento giudiziario varata nel 2006 tocca la realtà della magistratura penale in punti cruciali del suo assetto organizzativo.⁴⁵ Ciò che dimostra come scelte di politica criminale abbiano spesso un riflesso immediato proprio sul terreno organizzativo. Oltre che una maggior considerazione da parte dei processualisti, i temi dell’organizzazione giudiziaria (e di polizia) meriterebbero – a mio avviso – di essere inclusi nel programma istituzionale di insegnamento della procedura penale.

L’ultima osservazione cade, infine, sull’approccio comparatistico, assai trascurato finora dagli studiosi italiani del processo penale. Non mancano lodevoli eccezioni, soprattutto con riguardo alla comparazione con i modelli processuali di *common law*. Restano tuttavia una minoranza i processualisti che hanno studiato ordinamenti stranieri, con l’intento di meglio comprendere il proprio. Per fortuna si riscontra oggi fra i giovani un interesse ad allargare l’orizzonte delle proprie conoscenze oltre i confini del diritto nazionale. Del resto, la dimensione europea che il diritto penale va assumendo rende la conoscenza di altri ordinamenti processuali necessaria anche per ragioni applicative⁴⁶,

⁴⁵ Si vedano le informazioni al riguardo nello scritto *L’organizzazione della giustizia penale*, in P. Biavati, C. Guarneri, R. Orlandi, N. Zanon, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Bologna 2008, p. 199 ss.

⁴⁶ Si pensi all’applicazione del mandato d’arresto europeo, quando si debba stabilire se dal diritto straniero derivino ostacoli alla consegna dell’estraddando (esemplare, al riguardo, Cass. s.u. 30 gennaio 2007, n° 4614, Ramoci). E, ancora, si pensi alle sentenze con le quali la Corte di Strasburgo condanna uno Stato straniero per violazioni del *fair trial*: occorre avere una sufficiente conoscenza dell’ordinamento processuale nel quale la violazione è maturata per capire se gli argomenti esposti in quella condanna possano valere anche per la realtà italiana. E rilievi analoghi valgono per le decisioni della Corte di giustizia europea, che risolvano questioni pregiudiziali relative a norme di ordinamenti stranieri.

non solo per motivi di speculazione comparativa. Ma non si trascuri il lato speculativo o, se si preferisce, culturale della faccenda. Chi, con serietà, coltiva la comparazione (anche storica) è naturalmente portato ad assumere un atteggiamento mentale di particolare apertura verso mondi dominati da principi, dogmi, concetti diversi da quelli largamente o universalmente condivisi nel più ristretto ambiente di provenienza. Conoscere l'altro è la condizione che permette di guardare la propria realtà con l'occhio dell'osservatore esterno. Lo straniamento che ne deriva consente di guadagnare un punto di vista più elevato, dal quale cogliere con miglior consapevolezza la ragion d'essere culturale, politica, sociale delle soluzioni giuridiche messe a confronto. Sta qui, nella capacità di cogliere la radice extragiuridica di molte soluzioni giuridiche, il vero valore della comparazione.

Como citar este artigo:

ORLANDI, Renzo. La prolusione di rocco e le dottrine del processo penale. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 88-104, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.5>

Como citar este artigo:

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Processo Penal, Segurança e Liberdade: uma provocação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 105-120, 2015.
<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>

PROCESSO PENAL, SEGURANÇA E LIBERDADE: UMA PROVOCAÇÃO

*Manuel Monteiro Guedes Valente*¹

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.6>

RESUMO

O presente artigo enfoca a questão da afirmação dos direitos humanos desde a perspectiva da liberdade, segurança e justiça na construção de um Processo Penal Democrático. Isso tendo em vista a necessária preocupação do mundo jurídico quando da realidade da sociedade permeada pela incerteza dos fenômenos negativos, relacionados com modelos autoritários ou bélicos do direito penal material e processual em contraste ao modelo garantista. A discussão passa pela problemática do enfrentamento da reedificação do Direito Penal do autor, voltado para perseguição criminal em detrimento das garantias, liberdades e direitos fundamentais. O estudo enfrentará também a idéia da negação do princípio do Estado democrático de direito a partir da admissibilidade da perseguição criminal futura (medidas de prevenção avançada) que podem colocar em risco a manutenção de garantias fundamentais efetivas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal Democrático. Direitos Fundamentais. Perseguição Criminal.

ABSTRACT

This article focus on the question of the human rights affirmation under the perspective of liberty, security and justice through the construction of a Democratic Criminal Procedure. In view of the necessary concern on the law universe as the reality of the uncertain society of the negative phenomenon, related with authority or war models for criminal law in contrast with the garantism model. The discussion faces the problematic question of the rebuilding of criminal law of the Author, which aims the criminal

¹ Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito. Diretor do ICPOP – Centro de Investigação. Professor do ISCPPI e da UAL – Lisboa.

prosecution over the guarantees, liberty and fundamental rights. The study will analyze the negation of the democratic state of law from the admissibility of future criminal persecution (advanced prevention measures) that can put in risk the maintenance of effective fundamental guarantees.

KEYWORDS: Democratic Criminal Procedure. Fundamental Rights. Criminal Persecution.

1 Enquadramento do tema no quadro das ciências criminais

O tema que nos convidaram para tratar convoca vários pensares que se interligam e se interrelacionam no quadro das ciências criminais, sendo que nos prenderemos mais às questões das ciências jurídica e policiais como fundamento da afirmação dos direitos humanos em tempos de mutabilidade social. Este tema, próprio de uma realidade intersubjectiva comunicativa da ciência da tardo-modernidade, entronca em um olhar matemático-jurídico e teórico que temos, desde há alguns anos, vindo a tratar:² a trilogia do espaço penal europeu *liberdade, segurança e justiça*. É um encontro epistemológico e axiológico que o Direito não pode ignorar e que as ciências correlacionadas têm de assumir como seu objeto de estudo, de investigação e desenvolvimento. É um desiderato que o grupo das ciências criminais da PUC-RS agarrou e assumiu como caminho científico universitário, cuja valoração académica e científica ultrapassa a União Federativa do Brasil, fatualidade que nos merece todo apreço e uma congratulação por tão grande sucesso.

Mas este tema impõe uma visão global e profunda de outros subtemas a ele conexos e umbilicalmente ligados. Hoje, se me pedissem para reformular o tema desta conferência, optaria por colocar a *Liberdade, Justiça e Segurança em um Processo Penal Democrático*. É esta a linha que vou seguir e que, sem me escapular à responsabilidade de abordar a tendência europeia e americana de *securitização e policialização* do processo penal – da justiça criminal –, procuro provocar as mentes presentes para os perigos constantes de um abrir da caixa de Pandora sem a certeza de que algum dia a possamos fechar, assim como lembrar que os momentos de liberdade e de efetividade de direitos fundamentais pessoais, vividos por nós, são fruto de um legado que os nossos antepassados nos deixaram e nos impõem que o defendamos, sob pena da dor e do sofrimento passado serem um vácuo inconsequente da nossa história.

A trilogia *processo penal, segurança e liberdade* inculca em nós a obrigação de trazer à discussão da plateia *os fundamentos, os fins e os limites* de cada axioma dentro do espírito de um Estado democrático de direito face à crise económica mundial, emergente de uma crise de valores e da crise de uma ética jus normativa, identificativa da vivência humana segundo axiomas que devem considerar o ser humano como o centro de toda a discus-

² GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006.

são científica, capaz de germinar a *crise da Constituição* (melhor, a *crise da interpretação da Constituição*), a *crise das instituições* e a *crise de identidade filosófico-jurídico-política*.

É um desafio que vos coloco e me coloco todos os dias. O sábio não é aquele que fundamentiza as posições, ou aquele que em prol da defesa inatacável do coletivo e da economia cede à ideia mais ténue e simples, ou aquele que se deixa embrenhar na lógica da eficácia. Mas antes aquele que *procura e estuda a causa, analisa e aprofunda o fundamento, reafirma as barreiras inultrapassáveis e inabaláveis da Constituição e congloba e harmoniza os fins do indivíduo com os do Estado* para que se construa um *espaço jurídico de liberdade* adequado a gerar um espaço de segurança, assente na justiça como baluarte da democracia.

Como sabem, temos defendido que o *Direito processual penal é o Direito por excelência dos inocentes*³ e, em simultâneo, é instrumento/meio jurídico de liberdade e de segurança – cognitiva, física, histórica e jurídica. Este pensamento é um desafio diário e coloca-se, hoje mais do que nunca, ao poder político-legislativo democrático e ao seu substrato de sustentabilidade – povo –, porque o Direito tem de ser cada vez mais a expressão de dois axiomas constitucionais: a vontade do povo e a dignidade da pessoa humana.

Mas este pensamento não pode esquecer que o processo penal está ao serviço da Justiça e da Liberdade dos cidadãos, e o seu funcionamento e o resultado da sua atividade em concreto geram a Segurança – a paz jurídica e social – que aspiramos. Convocamos, por ser essencial à nossa exposição, a tetralogia teleológica do Direito processual penal: *realização da justiça* [material com o respeito pela formalidade legal processual inscrita na Constituição e no Código de processo penal], *descoberta da verdade material (não real), prática, processual e judicialmente válida* [afastamo-nos das teses assentes unicamente na ideia de uma verdade formal], *defesa e garantia dos direitos e liberdades fundamentais de todos os cidadãos* [vítima direta e vítimas indiretas, indiciado, ou seja, como escrevera e dissera Günthers, “de todos os cidadãos”], e *restabelecimento da paz jurídica e da paz social* [quando a justiça criminal não a promove, o elemento gravitacional *tempo* repõe essa paz essencial à continuidade da vida em comunidade]. Claro é que nem sempre conseguimos promover na plenitude todas as finalidades do processo penal, cuja prossecução implica a vivência do *princípio da concordância prática* de modo a que possa aprofundar e harmonizar o melhor de cada uma das finalidades sem que alguma seja niilificada.

Há barreiras intransponíveis e que o Estado, em toda a sua dimensão, não pode alguma vez ceder com a ideia de que acima de tudo está a realização da justiça e a descoberta da verdade como forma de materializar a paz jurídica e social. A *barreira intransponível dos direitos e liberdades fundamentais pessoais* não pode cair sob pena de negarmos a legitimidade de punir do Estado. A trilogia do nosso tema tem como medula o axioma de que o Direito processual penal é o *sismógrafo ou espelho da realidade constitucional* (Roxin), ou sintoma do *espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico* (Rudolphi) ou *Direito constitucional aplicado* (Henkel). O Direito processual penal está, genética e umbilicalmente, ligado aos direitos e liberdades fundamentais pessoais e à sua efetiva tutela.

³ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Escutas telefónicas*. Da excepcionalidade à vulgaridade. Coimbra: Almedina, 2004 e 2008. p. 31.

Desta forma estamos a fazer uma viagem capaz de nos ajudar a entender que a trilogia – processo penal, segurança e liberdade – é muito ampla e profunda, cuja resistência societária aos ventos da famigerada eficácia total se deve defender com todas as forças e todos os argumentos. Impõe-se-nos, pensadores e cultores do Direito como realização da condição humana em sociedade, alertar a sociedade atual para a enorme *incerteza* ou *mutabilidade* dos fenómenos positivos e dos fenómenos negativos.

Os fenómenos negativos redobram a nossa preocupação por influenciarem as decisões político-legislativas e por fomentarem a leveza de implementação de *modelos pró-securitários*, *modelos securitários*, *modelos justicialistas*, *modelos autoritários*, *modelos totalitários* ou de *segurança nacional* e *modelos bélicos* do Direito penal material e processual.

A defesa da implementação destes modelos, em detrimento do modelo garantista ou, do que defendemos, *modelo do ser humano*, assenta sempre numa ideologia de defesa do coletivo em detrimento do indivíduo, na defesa do Direito positivo em detrimento do Direito material, na defesa da segurança em detrimento da liberdade.

Esta trilogia – processo penal, segurança e liberdade –, disposta sistematicamente desorganizada segundo a nossa posição científica, é, por um lado, uma provocação uma vez que quem conhece o nosso pensamento sabe que a nossa construção matemática difere desta ordem sistemática – ou seja, deve ser *liberdade, processo penal e segurança* – e, por outro, demonstrativa da realidade atual da construção sistémica e matemática do espaço penal europeu: pró-securitário e, na linha crítica de Hassemer à funcionalização do Direito penal, assente na ideia de que o *Direito penal* material e processual está a transformar-se em *instrumento de segurança*.⁴

Preocupação que acompanhamos e que criticamos por se olvidar a história (a recente história da humanidade). É uma construção assente no teorema filosófico-político de que a *segurança é a primeira das liberdades*, contrariando a construção kantiana do nosso pensamento: a *liberdade como o valor mais elevado da justiça*.

Assumimos este desiderato kantiano e reconstruímos um novo teorema jus filosófico: *a liberdade é a primeira das seguranças*.⁵ Este teorema afasta a ideia de um Direito penal material e processual convertido em instrumento de segurança e repõe a segurança como bem jurídico fundamental garantia de todos os demais bens jurídicos tutelados pelo bloco da constitucionalidade. É a segurança que deve converter-se em instrumento da atividade jurídico-processual penal e não o contrário.

Impõe-se, desta forma e neste pequeno ponto, que façamos, em todo o processo de legiferação e de hermenêutica, uma análise aos fundamentos, aos limites e aos fins de cada um dos axiomas desta nossa palestra. O legislador e o intérprete/aplicador do Direito processual penal não pode ceder à máquina publicitária da eficácia plena, sob pena de detonarmos a eficiência dos fins e a espinha dorsal do Estado democrático de direito.

⁴ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Lisboa: AAFDL, 1995. p. 42-50; 63-82.

⁵ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do ministério público e da polícia*. Prevenção Criminal e Acção penal como Execução de uma Política Criminal do Ser Humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 541.

Este nosso pensamento conexas-se com o pensamento de Bobbio sobre o Direito e o poder: *O poder sem direito é cego, e o direito sem poder é vazio*.⁶ Como reforço desta ideia de limitação do poder soberano [político], Bobbio defende um “poder de fato, mas como um poder de direito, isto é, um poder também ele autorizado e regulado, como os poderes inferiores, por uma norma superior”.⁷ Ou seja, consideramos, com esse autor do século XX e início do século XXI, que devemos passar do teorema – “movimento do poder ao direito, e do direito ao poder” do positivismo que marcou os momentos mais terríveis da história da humanidade – para o teorema inverso – movimento “do direito ao poder e do poder ao direito”, ou seja, “não é a autoridade que faz a lei, mas ‘a lei é que faz o rei’, que confere autoridade à pessoa que dela foi investida e age em conformidade com a lei”.⁸

Temos em cima da mesa um pensamento jus filosófico-político de legitimação e de força normativa limitativa do poder do Estado, em especial do poder de punir – materialidade e processualidade – que deve assentar em uma lógica de equilíbrio para que se realize o Direito segundo os primados da justiça material capaz de restaurar a paz jurídica e social e neutralizar todas as tentativas negativas de delação do Estado de direito material social democrático. Só, desta forma, podemos continuar afirmar que o *Direito processual penal é o Direito por excelência dos inocentes por ter um lastro doutrinário e filosófico de uma “justiça-ordem”* que “retoma e ilumina a ideia de justiça-lei e a ideia de justiça-igualdade”.⁹

A *segurança* é instaurada (restaurada e conservada) por meio do exercício da liberdade, como valor do indivíduo face à sociedade de que é membro (local ou global), e por meio da promulgação de leis em geral e em especial da *legislação processual penal* construtiva de uma *justiça* que se afirma como “um fim desejável por parte de quem estabelece o ponto de vista da boa sociedade (*iustitia fundamentum regnorum*)”, e de uma *liberdade*, como “fim desejável por parte de quem se coloca do ponto de vista do indivíduo”.¹⁰

2 A trilogia face aos fenómenos de construção do (direito) sistema integral penal do inimigo

A sistemática do nosso tema é uma provocação às teorias regressivas de uma estruturação político-jurídica do Estado, assente na «coisificação» do ser Humano. O debate em torno da reedificação do Direito penal de autor, cujo expoente se afirma na per-

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. 20. reimpr. Tradução do *Teoria Generale Della Politica* de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 240.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 239.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 248.

⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 319.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 319.

seguição criminal – em que os axiomas primazes são a perigosidade e a segurança –, assume preponderância a par da defesa de uma detração das garantias, das liberdades e dos direitos fundamentais processuais constitucionalizados. Este “novo” debate, preso à teoria securitária e justicialista do sistema jurídico, olvida a teleologia do Direito processual penal do Estado republicano democrático.

Este debate, iniciado com a prelação de Günther Jakobs em 1986 e desenvolvida em 1999,¹¹ cujos seguidores podemos destacar Miguel Polaiño-Orts¹² com uma tese de doutoramento direccionada a fundamentar um Direito Penal do Inimigo, deve ser sério e deve apresentar toda a argumentação histórico-filosófica-jurídica e política limitativa da abertura a uma porta que dificilmente será fechada nas próximas décadas. Devemos, desde logo, avocar o princípio da função limitativa do poder de punir por força da lei penal e recolocar aos fatos históricos que marcam o nosso ADN e nos dão a *genética humanista e garantista*, que não pode confundir-se com impunidade, impunibilidade e inimputabilidade.

A discussão em torno do *estado natureza* e do *estado legal*, que tem desencadeado vários estudos a favor da existência de seres humanos que por razões de *periculosidade* e de *segurança* coletiva não são dignos de tutela garantista penal material e processual, cujas *condutas negativas* dignas de tutela penal devem ser *imprescritíveis*, cujas *garantias* de defesa devem ser inócuas ou inexistentes [como se regressássemos ao tempo mais negro do modelo inquisitório], com a admissibilidade da *privação da liberdade sem conhecimento dos fatos* que são imputados ou por mera e indelével suspeita da prática de um crime do catálogo, e com a *negação da pessoa* como pessoa, (essa discussão) tem de ser reposta com clarividência e com a serenidade que os tempos nos impõe.

Os tempos *líquidos* [Bauman] e da *sociedade do risco* [Beck], ou a designada por nós *sociedade internético-personocêntrica*, impõem a avocação do princípio dos sábios antepassados: o princípio do equilíbrio e da afirmação do ser humano como ser frágil e pecador. A legiferação “à flor da pele” e em cima do joelho tem demonstrado como nos autonegamamos e nos autodestruímos e negamos o legado dos nossos antepassados: direitos e liberdades fundamentais pessoais, que devem orientar o processo penal – legitimando-o, limitando-o e dando-lhe o fundo teleológico –, a segurança – fundamentada e limitada como *necessidade/valor individual e colectivo, estado conceptual do ser humano e de Estado, sentimento real e cognitivo (ou psicológico-cognitivo)*, e, por fim, *instrumento/meio/atividade e fim* da vivência harmoniosa em comunidade¹³ – e a liberdade – *valor supremo da justiça* que é a *virtude da concórdia (omonoia)*.¹⁴

¹¹ Veja-se JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá. 2. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

¹² Aconselhamos a leitura da sua tese de doutoramento: POLAÏÑO-ORTS: Miguel. *El derecho penal del enemigo*. Editorial Mediterranea, 2006.

¹³ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Segurança*. Um tópico jurídico em reconstrução. Lisboa: Âncora Editora, 2013. p. 133.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. 20. reimpr. Tradução do *Teoria Generale Della Politica* de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 319.

A teorização do direito penal do inimigo tem como base as *políticas criminais pró-securitárias e securitárias* seguidas pela União Europeia e pelos Estados-membros com a implementação das decisões quadro e com a transposição das directivas comunitárias em matéria de Direito penal desde o Tratado de Maastricht,¹⁵ alterado e mantido pelo Tratado de Amesterdão,¹⁶ integrados pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa).¹⁷

A aceleração da política criminal europeia de restrição de direitos e liberdades fundamentais pessoais e de delação ou negação de garantias efetivas no quadro do Direito penal material e processual *ganha fôlego (ou seja, amplia-se) com o 11 de setembro de 2001*, e promove um efeito paradoxo de que nos fala Charadeau: a transmissão direta dos atentados faz-nos acreditar que “o visível do mundo é apenas um invisível, intocável, construído como visível pelo efeito conjunto de uma colocação em espectáculo e da projecção da nossa memória sobre o espectáculo”; assistimos e vivemos as “vítimas”, vemos “os cadáveres, falamos dos mortos, mas nunca ninguém viu a morte”, e como “seres humanos, não temos nenhum indício dela (a não ser, talvez, Lázaro)”, o que nada impede que “construamos o seu espectáculo como um fantasma necessário, *demandando insaciável da verdade*, talvez porque esse espectáculo remete sempre para a nossa própria morte”.¹⁸

É essa busca *insaciável da verdade* impossível que tem dirigido os trabalhos legislativos supranacionais, teorizados sob o primado da *periculosidade* e da *segurança*, com a criação de um catálogo de crimes hediondos – terrorismo, tráfico de armas, tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos, tráfico de droga, branqueamento, corrupção – e um Direito processual penal especial para a sua perseguição criminal.

O espectáculo molda o pensar do povo e este, na esperança de uma segurança física real (que não passa de cognitiva), cede e aplaude as novas restrições sempre com a ideia de que o presídio e a morte são para os outros. Veja-se a admissibilidade da desjurisdicionalização da cooperação jurídica no espaço penal europeu: ocupa o primeiro patamar a cooperação policial; em segundo lugar, a cooperação judiciária; e, quando estes não se afiguram capazes de promover o desejado espaço de liberdade, segurança e justiça, admite-se a cooperação jurídica na essência material e processual (harmonização do Direito penal material e processual, base de toda e qualquer confiança mútua entre os operadores judiciários de cada Estado-membro ou Estado-parte).

A mesma crítica se direcciona à onda do Direito penal preventivo com a antecipação da prevenção da lesão dos bens jurídicos ou da colocação em lesão de bens jurídicos dignos da tutela penal, assim como a admissibilidade de recurso de investigação ante-

¹⁵ Cfr. artigos K.1 a K.14 (K.1 a K.6) do Tratado de Maastrich.

¹⁶ Cfr. artigos 29º a 42º (29º a 34º) do TUE.

¹⁷ Cfr. artigos 67º a 80º e 82º a 89º do TFUE.

¹⁸ CHARADEAU, Patrick. *Informação, emoção e imaginários*. A propósito do 11 de Setembro de 2001. Daniel Dayan. O Terror Espectáculo. Terrorismo e Televisão. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 84-85.

cipada ou de campo avançado no quadro processual penal.¹⁹ É o regresso à ideia de que existem delinquentes pré-estabelecidos e pré-identificados, que devem ser vigiados e as suas condutas investigadas de modo que se evite um crime no futuro e se possa, por antecipação, obter indícios probatórios ou provas para serem utilizados no processo logo que ocorra a conduta negativa lesiva de bens jurídicos tutelados pelo Direito penal. Consideramos que podemos estar perante a violação do princípio do risco permitido e do princípio da adequação social da conduta, por essas condutas entroncarem na teoria do risco permitido pela sociedade e, em muitas situações, se enquadrarem no âmbito da adequação social da conduta e nunca preencherem qualquer elemento objectivo de lesão de um bem jurídico identificado em concreto, digno de tutela penal.

A política criminal securitária e quase bélica, que nos últimos anos tomou conta do espectro jurídico-político europeu²⁰ e mundial – veja-se a Convenção das Nações Unidas da Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo, e os respectivos protocolos adicionais –, assenta no *fantasma do terrorismo* e na *construção de um sistema jurídico ao serviço da segurança, sacralizada* como único valor jurídico digno de reforço legiferante e de tutela jurídico-criminal.

Este desenvolvimento regressivo do Direito e das demais ciências criminais, defensor de um endurecimento da ação do Estado na “luta”, “combate” e “guerra” ao crime organizado, assume uma amplitude que coloca em causa a estrutura acusatória do processo penal – inscrita como princípio constitucional – e a dimensão da liberdade como princípio reitor do Direito processual penal, e atribui a primazia à segurança.

Como já se devem ter apercebido, este movimento positivista de negação da qualidade de pessoa humana, dotada de direitos e de deveres, não assenta na essência valor teleológico do Direito penal: prevenção e repressão. Assenta em um discurso de «guerra», de «luta» e de «combate», fazendo regressar as nomenclaturas próprias da estratégia militar em detrimento da nomenclatura do Direito. Mas, como havíamos escrito²¹ (Guedes Valente, 2010), se reclamamos o discurso militar, negamos o Direito e, neste caso concreto, negamos o Direito penal material e processual e, por conseguinte, negamos a liberdade como o mais elevado valor da justiça.

O 11 de setembro de 2001, o 11 de março 2004 e o 7 de julho de 2005 são o toque de alvorada de um *Direito penal do inimigo*, que também é um *Direito processual penal do inimigo* e um *Direito penitenciário do inimigo*. Podemos, assim, falar de um *sistema integral penal do inimigo* que tem como barreira intransponível a política criminal humanista e garantista.

Esta aceção agrava-se com o fenómeno da administrativização do *Direito penal material, processual e penitenciário* e com a ampliação da intervenção do Direito penal para

¹⁹ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e ação penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 55-57 e 316-319.

²⁰ Vejam-se o art. 29º e ss. do TUE e os atuais arts. 67º e 82º e ss. do TFUE.

²¹ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010.

tutelar bens jurídicos sem dignidade penal [v. g., criminalização da luta entre animais com a ideia de Direito preventivo do perigo ou da periculosidade]²² e com a consequente redução [quantas vezes delação] das garantias efetivas judiciárias e jurisdicionais. Por um lado, alarga-se o espaço *securativista* – por meio do fenómeno da *policialização* dos procedimentos processuais penais – e, por outro, complementa-se este ajuste em prol de uma maior segurança cognitiva com a diminuição de garantias processuais penais, ou seja, implementa-se um modelo *justicialista*.

Esta redução de garantias processuais penais ganha amplitude e profundidade no quadro dos meios de obtenção de prova, em especial a abertura aos meios de maior *danosidade social*: buscas domiciliárias nocturnas, apreensão de correspondência, escutas telefónicas, registo de voz (*off*) e imagem, agente infiltrado, controlo e aquisição de dados informáticos, admissibilidade de testemunhos de ouvir-dizer em casos específicos de terrorismo, admissibilidade de detenção e perseguição total sem comunicação do fundamento legal e respetiva libertação sem informação das razões da ação policial, admissibilidade de meios atípicos não contrários aos princípios positivados no processo penal [medidas de polícia no quadro da segurança interna convertem-se em imediatos meios de prova sem apreciação e validação judicial], admissibilidade da teoria da proibição relativa de meios proibidos de prova, e, como alguns Autores defendem, admissibilidade de prova proibida como único meio adequado de prova da prática daquele crime [B. Schünneeman – a questão é de valoração da prova (campo processual) e não uma questão de ilicitude (de validade) da produção de prova (campo material)].

No plano do *Direito penitenciário*, a simples admissibilidade de restrição de direitos dos reclusos por decisão administrativa e política com fundamento em um procedimento disciplinar sem garantia jurisdicional (como o direito de recurso das decisões judiciárias). No plano do Direito penal material, podemos alertar para o perigo de violação do princípio da *prescritividade* da conduta negativa punida pela legislação penal legítima, válida, vigente e efetiva, derrubando um primado da finalidade do *restabelecimento da paz jurídica e social*, negando ao tempo a força gravitacional de reposição da *justiça-ordem* de que nos fala Bobbio, e negando a concretização da prevenção na sua magnitude dos três elementos energéticos: vítima, indiciado e comunidade.²³

Podemos trazer à colação a técnica político-judiciária de prorrogação de julgamentos para manter um cidadão preso *ad aeternum* em vez de se optar pela conexão de processos ou de se respeitar a extensibilidade dos efeitos do caso julgado parcial ao caso julgado total, tendo como base a defesa de que todos os fatos criminosos pertencem ao

²² Quanto a este assunto e uma crítica à tese de Fernanda Palma, que defende o Direito penal preventivo do perigo como forma de tutela preventiva de bens jurídicos. GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 55-57.

²³ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE., 2013. p. 311.

mesmo pedaço da vida.²⁴ Esta prorrogação judicativa destrona a tutela efetiva dos direitos, liberdades e garantias fundamentais processuais penais dos arguidos. Podemos, ainda, falar do recurso a medidas de segurança interna desenvolvidas pela polícia, de natureza administrativa, e a fundamentação do recurso com base em estados de perigosidade abstractos e a sua convalidação em meios de prova processual penal sem a tutela jurisdicional prévia e, quantas vezes, subsequente e imediata.

Podemos, nestas paragens, avocar os processos administrativos de investigação no quadro da prevenção e repressão da criminalidade económico-financeira e tributária – fraude tributária, lavagem de dinheiro e corrupção – que servem de base para uma recolha de prova dessas infrações sem autorização judicial e, logo que obtida e “certos” de que existe um crime, revalida-se a prova obtida por uma nova reprodução da prova (nova recolha), agora já com autorização judicial. Esta atitude de procedimento processual – que parece poder aferir-se do normativo positivado – é contrária ao princípio democrático e ao princípio da lealdade, regentes da estrutura acusatória do processo.

3 A negação do princípio do Estado de direito democrático por meio da admissibilidade das *investigações de campo avançado (Vorfeld)* e da *perseguição criminal (futura) de crimes (Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten)*

A teoria da *periculosidade* e da *segurança* como único bem vital único ou primaz da ação do Estado tem aberto a porta ao discurso de novos paradigmas de prevenção policial e judiciária, assim como traz a discussão sobre essas medidas preventivas e a respectiva admissão poder violar o princípio do Estado de direito democrático. Essas medidas entroncam em dois tempos de intervenção pré-processual e processual penal e detêm fundamentos, limites e fins distintos. Ora vejamos.

O primeiro plano temporal prende-se com a função de garantia de segurança interna, que absorve a defesa e garantia da legalidade democrática,²⁵ e contempla as designadas *medidas de polícia puras ou originárias*, que podem ser classificadas de *medidas de prevenção (criminal) avançada*, designadas pela doutrina e jurisprudência alemã de medidas de prevenção de “*Vorfeld* (campo avançado)”. Quando não existe o mínimo perigo, essas medidas designam-se de providências de “*combate preventivo do crime (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)*”, e, quando existe perigo abstracto e concreto de uma possibilidade de ulterior prática de crimes, designam-se de providências “*para perseguição criminal (futura) de crimes (Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten)*”.²⁶

²⁴ GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do Mandado de Detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 247-272; GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 509-522.

²⁵ Cfr. em Portugal o n.º 1 do art. 272.º do CRP.

²⁶ Cfr. a linha do Tribunal Constitucional alemão, Costa Andrade, 2009, p. 131. As providências de “*combate preventivo do crime (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)*” tem como escopo a prevenção e o afastamento de

As *medidas de prevenção (criminal) avançada* têm eco nas legislações de segurança interna [Portugal] ou segurança nacional [Inglaterra], são ordenadas por uma Autoridade de Polícia²⁷ e executadas por agentes de polícia que lhes estão subordinados na função de comando e dependência hierárquica. Estas medidas podem ser *medidas (gerais) de polícia*²⁸ – *v. g.*, identificação de pessoas, suspeitas, interdição temporária de acesso e circulação, evacuação ou abandono temporários, remoção de objectos, veículos ou outros obstáculos – ou *medidas especiais de polícia*²⁹ – *p. e.*, realização de revistas e buscas para detectar armas, substâncias ou engenhos explosivos; apreensão temporária de armas, munições, explosivos e substâncias ou objectos proibidos; realização de acções de fiscalização em estabelecimentos e outros locais públicos ou abertos ao público; acções de vistoria ou instalação de equipamentos de segurança; encerramento temporário de paióis; revogação ou suspensão de autorizações aos titulares dos paióis, depósitos ou fábricas de armas ou explosivos; encerramento temporário de estabelecimento de venda de armas, cessação da actividade de empresas, grupos, organizações ou associações dedicadas ao terrorismo ou à criminalidade violenta ou altamente organizada; inibição de comunicação por isolamento electromagnético ou barramento de comunicações.

Mas nem todas as *medidas especiais de polícia* – admiravelmente não as que afetam mais os direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão, mas as que se prendem com o comércio quotidiano de uso de explosivos e armas – carecem da prévia autorização do JIC quando, em especial, a urgência e o *periculum in mora* justificarem a ação policial por determinação da Autoridade de Polícia.³⁰

Estas medidas têm um fim específico: “proteger a vida e a integridade das pessoas, a paz pública e ordem democrática, designadamente contra o terrorismo, a criminalidade violenta ou altamente organizada, a sabotagem e a espionagem, a prevenir e reagir a acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública”, *ex vi* nº 3 do art. 1º da LSI.

“perigos (crimes) possíveis antes de se atingir o limiar do perigo concreto”, conquanto as providências “*para perseguição criminal (futura) de crimes (Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten)*” se destinam a recolher e tratar provas para uma ulterior perseguição criminal e punibilidade de crimes que ainda não foram praticados, mas que se revela possível e provável, “num futuro incerto”, a sua prática. Estamos a chegar ao *Minority Report*. Quanto a este assunto: GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 306-311.

²⁷ Cfr. o art. 26º conjugado com o nº 1 do 32º da Lei de Segurança Interna [LSI]. Os agentes de polícia podem executar as *medidas gerais de polícia* – art. 28º – e as *medidas especiais* de polícia das alíneas (a) e (b) do art. 29º da LSI sem autorização ou ordem da Autoridade de Polícia, estando obrigados a comunicar imediata à Autoridade de Polícia de que dependem hierarquicamente, conforme nº 2 do art. 32º da LSI.

²⁸ Cfr. art. 28º da LSI. Quanto às medidas de polícia que podem consistir em actos jurídicos e em operações materiais e que revestem a natureza de medidas de segurança administrativas. RAPOSO, João. *Direito policial* – I. Coimbra: Almedina, 2006. p. 23-27.

²⁹ Cfr. art. 29º da LSI.

³⁰ Cfr. nº 3 do art. 32º da LSI.

Face a este escopo de segurança interna de prevenção de crimes puníveis com pena de prisão, no seu máximo, superior a cinco anos,³¹ levanta-se a questão da valoração das provas obtidas com a intervenção da Polícia no quadro da LSI. O problema agrava-se, na linha de pensamento de Costa Andrade,³² quando não há provas ou indícios concretos da prática de crime e só existem elementos probatórios da probabilidade de uma futura prática de crime que são recolhidos pela Polícia para uso futuro: pré-selecção de presumíveis futuros autores de crimes com base em pré-indícios probatórios.

É neste plano funcional de prevenção que devem intervir as *medidas de prevenção (criminal) avançada*, designadas pela doutrina e jurisprudência alemã de medidas de prevenção de “*Vorfeld* (campo avançado)”, que, quando não existe o mínimo perigo, se designam de providências de “*combate preventivo do crime (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten)*”, que podem ter expressão nas medidas gerais e especiais de polícia, previstas nas legislações designadas de Leis de Segurança Interna ou de Segurança Nacional, ou mesmo em legislação avulsa – *v. g.*, a revista preventiva obrigatória para membros de «grupos organizados de adeptos» a efetuar pelas forças de segurança à entrada do recinto desportivo,³³ de forma a possibilitar a realização dos mesmos em segurança.

É nesta função que se enquadram as providências “*para perseguição criminal (futura) de crimes (Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten)*”.³⁴ Esta função preventiva gera o perigo de colocar em causa a manutenção de garantias fundamentais efetivas. Temos consciência de que existe criminalidade organizada transnacional, cuja obtenção da prova é objetivamente muito difícil e a descoberta da verdade comprometida, mas parece-nos que é elevado o perigo, pela possível elevada *danosidade social*, a defesa de admissibilidade destas providências cautelares policiais e, muito menos, a admissibilidade da valoração de provas obtidas no âmbito destas providências para perseguição futura dos agentes desses crimes. Estas providências, que assentam na urgência e na periculosidade da conduta humana, entroncam na ideia de afastamento da tutela jurisdicional e, em simultâneo, de promoção da administrativização (*policialização*) das medidas preventivas convoladas em puros meios de obtenção de prova.

Esta admissibilidade, que não perfilhamos, implica uma selecção dos presumíveis agentes desses crimes – *presunção de criminoso antes de o ser* – e uma *acção de vigilância* de recolha de prova *sem controlo judiciário e jurisdicional* e uma total *policialização* da produção de prova com base no princípio da periculosidade futura de conduta delituosa. Como afirma Claus Roxin, o recurso à tecnologia para prevenção de atos lesivos da segurança

³¹ Cfr. alíneas (i), (j), (l) e (m) do art. 1º do CPP português.

³² ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no Verão Passado*. A Reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ser diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 132.

³³ Prevista no nºs 3º e 4º do art. 25º da Lei nº 39/2009, de 30 de julho, que aprova o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos.

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no Verão Passado*. A Reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ser diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 131.

interna e a utilização da prova produzida por medidas de prevenção exige uma minuciosa e fundada regulamentação no “respeito pelos direitos de personalidade individuais, se quisermos evitar comportamentos de um Estado de polícia”.³⁵

Desde logo, assistimos à violação do princípio da presunção de inocência por admissibilidade do princípio da presunção de predisposição do ser humano X ou Y para a prática de crimes futuros. Existe um retomar das teorias fisiológicas do criminoso [Lombroso], hereditárias [Garófalo] e sociais ou sociológicas [Ferri]. Regressa a topologia de intervenção segundo as presunções de seres humanos – *cives* – e de (não) seres humanos – *non cives*.

O regresso ao sistema político-jurídico de Estado segregador com fundamento de que a Segurança é tudo (e é nada), olvida a história recente da humanidade. Negar que todos somos seres humanos – pessoas dotadas de dignidade humana –, inseridos em uma sociedade humana, é negar o ser humano e o valor da vida e da liberdade de cada um de nós e do próprio Estado, é convertê-lo em um *não-Estado*, ou em uma autoridade corrompida e ilegítima. Impõe-se contenção e moderação nas metodologias e medidas investigatórias que se desejam implementar para neutralizar o *fantasma do terrorismo*.

Como escrevemos, não olvidamos que vivemos em um mundo complexo, embrenhado em uma criminalidade especializada e altamente violenta, mas admitir um modelo de investigação criminal sem a existência de um crime é negar o substrato, a dimensão penal material e processual da investigação criminal. É negar o primado da acção penal constitucional. É negar a Constituição democrática. Esse discurso de admissibilidade de presunção de futuros delinquentes – como se vivêssemos em guerra de espionagem – é voltar a militarizar a justiça e a segurança (pública) com o fundamento da prevenção e repressão do crime se converter em “luta”, “combate” e “guerra” contra a criminalidade organizada, como se não existisse o Estado de direito material social democrático.

Mas e face às tentativas de implementação de medidas legislativas processuais de prossecução de segurança, que se possam converter em automáticos meios de prova ou em futuros meios de prova, impõem-se que, neste deambular do século, criemos uma barreira doutrinal e filosófico-constitucional ao legislador ordinário e identifiquemos um leque de princípios regentes da mutabilidade da investigação criminal, para orientação teleológica quando (ou se) viermos a admitir a investigação criminal preventiva (de futuros) crimes:

- Princípio da reserva de Constituição na identificação do catálogo das tipologias criminais e dos meios restritivos de persecução criminal.
- Princípio da reserva de código penal e de código de processo penal.

³⁵ ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão. In: FERREIRA MONTE, Mário; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Noversa. (Coords.) *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Tradução do alemão de Inês Godinho. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 393.

- Princípio do catálogo dos fenômenos criminais e dos instrumentos jurídico-processuais penais e policiais e princípio da proporcionalidade da intervenção penal material e processual.³⁶
- Princípios da constitucionalidade e da legalidade: reserva absoluta de lei, precedência de lei e preferência de lei [afasta-se toda e qualquer teoria de atipicidade de meios probatórios neste quadro jurídico-criminal investigatório preventiva].
- Princípio da limitatividade de tipos legais de crime, de meios de obtenção de prova de elevada lesividade e de agentes ativos e passivos dos meios processuais a utilizar.
- Princípio *odiosa sunt restringenda* na interpretação das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias processuais penais.
- Princípio da tutela efetiva jurisdicional [*ab initio*] e efetivo controlo judiciário dos meios a utilizar ao longo da investigação [preventiva e, posteriormente, persecutiva].
- Princípio da presunção de inocência e da comunicabilidade e posterior destruição do material produzido no âmbito das investigações preventivas (de futuro) de crimes.
- Princípio da suspeita objetiva do futuro agente do crime, ou seja, impõe-se uma suspeita não abstracta ou de animosidade pessoal ou ideológico-político-religiosa.
- Princípio da efetividade dos direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais de todos os cidadãos.
- Princípio da superioridade ética do Estado, em especial dos operadores judiciários em que *à veracidade se afirme a lei, ao belo e estético a forma processual material e judicial e ao bem a justiça ou dever ser* metapositivo.
- Princípio da dignidade da pessoa humana como a fronteira intransponível na perseguição preventiva e de campo avançado, que o Estado alguma vez pode violar sob pena de se deslegitimar.

4 Considerações finais

É tempo de terminar. A liberdade é o *mais elevado valor da justiça*, que tem de ser prosseguido no quadro da perseguição criminal por meio de um processo penal garantista e humanista, que deve ser concretizado por meio de uma melhor formação académica

³⁶ Avoca-se, quanto ao respeito do princípio da proporcionalidade na intervenção penal e controlo das normas penais, o pensamento de Luciano Feldens (2012, p. 129-171), Cesare Beccaria (1998, p. 64-66, 72-75 e 84-85), Luigi Ferrajoli (2005, p. 392, 397-399, 749) e, quanto às medidas cautelares, Nereu Giacomolli (2013, p. 37-40).

e científica dos operadores judiciários – magistrados, promotores públicos, ministério público, policiais – e uma formação assente na ideia de que a justiça criminal é aplicada por Homens, sobre Homens e com uma lei elaborada e aprovada por Homens.

Podemos, assim, resumir a nossa exposição – assente na trilogia liberdade (L), justiça (J) e segurança (S) – no seguinte teorema matemático:

$$Edd = \frac{Dp(m + pr + pe)}{+L} = S$$

Afastamo-nos do teorema $S \approx$ Defesa coletivo = $S \approx$ Eds, por não corresponder à construção de uma justiça da democracia ou de uma democracia assente na justiça e na liberdade. Ora vejamos:

$L \approx D$ [(epistemologia + axiologia) + pensar cultural de um povo + pensar conceitual de ser humano + pensar conceitual de Estado]

$$Dp \approx J$$

$S \approx$ Exercício efetivo *dlgf*

$S = Edd$

$Edd \approx Dm \approx J \approx$ Democracia

Democracia \approx Justiça \approx Democracia

Sendo:

$Edd =$ Estado de direito democrático

$MsJ =$ Macrossistema Jurídico

$Dp =$ Direito penal

$Dm =$ Direito material

$m =$ material

$pr =$ processual

$pe =$ penitenciário

$Eds =$ Estado de direito securitário

dlgf = direitos, liberdades e garantias fundamentais

A *segurança* tem de ser uma *consequência*, e nunca uma causa, da *justiça* processual penal e da *liberdade*, axiomas dotados de uma axiologia constitucional genética do ser humano. Desta feita, reforço o nosso pensamento, que nos acompanha desde há mais de vinte e três anos de estudo universitário e científico: *a liberdade [de todos os cidadãos] é a primeira de todas as seguranças.*

Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa. *Bruscamente no verão passado*. A reforma do Código de Processo Penal. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ser diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. Tradução do *Dei Delitti e Delle Pene* de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. A filosofia política e as lições dos clássicos. 20. reimpr. Tradução do *Teoria Generale Della Politica* de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- CHARADEAU, Patrick. *Informação, emoção e imaginários*. A propósito do 11 de Setembro de 2001. Daniel Dayan. O Terror Espectáculo. Terrorismo e Televisão. Lisboa: Edições 70, 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Lições coligidas por Maria João Antunes. Coimbra: Texto Policopiado, 1988-9.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal – A Constituição Penal*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. 7. ed. Tradução do italiano de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2005.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GUEDES VALENTE, Manuel Monteiro. *Escutas telefónicas*. Da excepcionalidade à vulgaridade. Coimbra: Almedina, 2004 e 2008.
- _____. *Do mandado de detenção europeu*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Do ministério público e da polícia*. Prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013.
- _____. *Segurança*. Um tópico jurídico em reconstrução. Lisboa: Âncora Editora, 2013.
- _____. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 2010.
- HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Lisboa: AA-FDL, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. 2. ed. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.
- POLAÑO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo*. Barcelona: Bosch, 2009.
- RAPOSO, João. *Direito policial – I*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ROXIN, Claus. Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão. In: FERREIRA MONTE, Mário; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novera. *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português e Tradução do alemão de Inês Godinho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Como citar este artículo:

ARMENTA DEU, Teresa. Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>

DEBIDO PROCESO, SISTEMAS Y REFORMA DEL PROCESO PENAL

*Teresa Armenta Deu*¹

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>

RESUMEN

Este artículo se propone examinar los modelos de procesos penales de los movimientos de reforma que se establecieron en las últimas décadas del siglo XX, en los países iberoamericanos. Para ello, primero se enfatiza las características históricas de cada sistema, poniendo de relieve la importancia de no confundir el acusatorio con el adversarial, rechazando la coincidencia entre los sistemas actuales y mixto inquisitivo histórico. Apoya la importancia de la igualdad de armas y de la contradictoria en la búsqueda de un equilibrio entre los modelos de procedimiento.

PALABRAS CLAVE: Derecho Procesal Comparado. Sistemas Procesales. Adversarial. Inquisitivo. Acusatorio.

ABSTRACT

This article proposes to examine the criminal procedural models from reform movements that in the last decades of the twentieth century settled in Iberoamerican countries. First establishes the historical features of each system, highlights the importance of not confusing with the adversarial accusatory, rejects the equiparation between mixed current systems and historical inquisitive, and supports the importance of equality of arms and contradictory in the search for a balance between procedural models.

KEYWORDS: Compared Criminal Procedural Law. Procedural Systems. Adversarial. Inquisitive. Accusatory.

¹ Catedrática de Derecho Procesal, UdG; Directora del CEAPJ.

I. Del pasado próximo a la actualidad: situaciones e ideas de partida²

Las postrimerías del siglo XX han sido testigo de una auténtica convulsión en el ámbito de la justicia penal. Desde finales de los ochenta en Europa y principios de los noventa en Iberoamérica la gran mayoría de los códigos procesales penales han sido objeto de reformas totales que han supuesto mayoritariamente un cambio de paradigma en la orientación del modelo procesal.

Las razones son múltiples y van desde la legítima búsqueda de un modelo mejor hasta la innegable influencia de países con mayor peso cultural y/o económico que han ido componiendo un cuerpo de intelectuales formados en sus aulas y una decidida política de agencias internacionales, mayoritariamente norteamericanas, que han efectuado durante décadas inversiones millonarias en países de su ámbito de influencia.³

1 La apelación al acusatorio

En todos los códigos reformados, la apelación al “nomen” de los sistemas se ha convertido en un clásico, de manera que, con independencia de su carácter parcial o más amplio, todos repiten la consabida apelación a las bondades indiscutibles del sistema acusatorio o adversativo, a modo de invocación que sin más explicaciones cierra cualquier juicio desfavorable en torno a su necesidad, o a sus posibles desventajas.

Así, en muchas ocasiones, no sólo se incurre en errores de significado graves sino, lo que es peor, se impide, consciente o inconscientemente, todo juicio crítico sobre la incidencia de la reforma en el conjunto del sistema de justicia, obviando, tanto lo acaecido en otros ordenamientos donde se ha venido aplicando desde hace tiempo, como el conjunto de circunstancias sociales, políticas e institucionales al que se han ido incorporado reformas asimilables.

2 La inexistencia de un modelo perfecto

No existen modelos que salvaguarden la ortodoxia de ningún sistema, ni ninguno de los vigentes satisfaría hoy en día las exigencias del “proceso debido”. Aseveración que no debe conducir al desánimo y menos aún a una huida del proceso, cuyo altísimo precio es la renuncia a derechos superiores, constitucionales y supranacionales, que constituyen hitos en la lucha por la paz y la justicia a lo largo de toda la historia.

² Este trabajo se ha realizado disfrutando de dos ayudas a la investigación: I + D: Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal (DER 2010-15919) (subprograma JURI) Y: Cuestiones actuales de Derecho procesal. 2009-2013 (SGR 762)”.

³ Un desarrollo pormenorizado de las mismas, sus causas y algunas de las ideas vertidas en este trabajo en ARMENTA-DEU, T. *Sistemas procesales penales* (La justicia penal en Europa y América), Marcial Pons, 2012, 316 p. (ISBN 978-84-9768-913-7).

3 La relevancia del cuerpo social y cultural en que se insertan las reformas

No cabe olvidar que las reformas afectan y deben encajarse en un cuerpo cultural social y culturalmente complejo, heredero de una tradición histórica que incide, y no poco, en el resultado final, como se infiere claramente si se piensa con un poco de detenimiento en la tremenda diferencia que acarrea la arraigada creencia en la legitimación democrática, que fundamenta toda institución en los países del *common law*, en relación con la figura y función del fiscal en el proceso, por ejemplo, en contraste con la confianza en la legalidad y la seguridad jurídica, que empapa el sentimiento continental europeo, en relación con la negociación, pongamos por caso.

En este orden de cuestiones, por citar dos ejemplos españoles que ilustran perfectamente esta idea, los vaivenes en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores y la intervención de las víctimas y sus familiares o el largo debate en torno a las restricciones de la acción popular deberían constituir un aviso para el legislador del futuro, al igual que, por acudir a otros ejemplos, consideraciones semejantes podrían derivarse de las anunciadas reformas de la fiscalía propuestas en Italia por el gobierno Berlusconi o las ya alcanzadas en Ecuador, previo *referendum*, restringiendo la independencia judicial.

II. Los sistemas y el “debido proceso”: una cuestión de pesos y contrapesos

Admitiendo de inicio la inexistencia de un modelo perfecto la búsqueda del mejor de los posibles debe partir de alguna aclaración o y de encontrar el necesario equilibrio entre los elementos en un juego de pesos y contrapesos.

Acusatorio y adversativo

Entiendo necesario dejar claro el significado de los términos acusatorio, dispositivo y adversativo para que al menos utilicemos “nomen” con un significado equivalente; de otro modo toda discusión se convierte en un “diálogo de sordos”.

Justicia acusatoria y *justicia adversativa* no son configuraciones idénticas, sino que atienden a planos diferentes.

El sistema acusatorio se sitúa en el plano de la necesidad de una acusación y con ello de la exigencia de imparcialidad.

El adversativo, por su parte, lo hace en el plano de la audiencia o contradicción.

El proceso acusatorio exige que alguien sostenga la acción, en tanto el adversativo la confrontación entre dos partes con igualdad de armas bajo la dirección de un tercero imparcial.

En otras palabras, el sistema acusatorio enfoca sustancialmente las exigencias relativas a la acusación, a la imparcialidad que garantiza y al hecho de que el acusador no puede acusar, sin más, debiendo ofrecer evidencias suficientes de culpabilidad como para apreciar la existencia de una “causa probable”. De ahí que la presunción de inocencia constituya un elemento esencial de la configuración acusatoria.

Y paralelamente, que toda investigación previa al juicio se limite a fundamentar la acusación, como justificación para iniciar un proceso, siempre y cuando nada de lo recaudado constituya en teoría prueba de cargo. Exigencias que desde el punto de vista -esta vez del adversativo- acarrearían que una vez encomendada en exclusiva la acusación al fiscal o a la policía, siempre entendidas como partes, se reclame de nuevo la igualdad de armas y la necesidad del *disclosure*, exigencias cuya dificultad ponen en evidencia reformas como la italiana, ya que o bien no se quieren adoptar o hacerlo comporta un coste cuando mínimo cuestionable.

El modelo de “debido proceso”: ponderaciones y búsqueda de equilibrio

A partir de que las variables citadas y otras imposibles de citar son tales que imposibilitan elaborar un “patrón” de proceso penal que encaje en todos los cuerpos sociales, culturales y políticos con idéntico efecto, sólo queda buscar aquellos elementos imprescindibles para que un proceso merezca el calificativo de “justo” o “debido”. Y a partir de ahí, buscar el necesario equilibrio entre los elementos que necesariamente aparecerán tensionando en direcciones opuestas.

En una primera aproximación cabe señalar que los elementos consistirían en equilibrar la inevitable tensión entre pares que tensionan en dirección contraria. Se trata de los siguientes en una relación no exhaustiva:

- la eficacia y las garantías,
- la fase instructora, su dirección y objetivos,
- el creciente incremento en la aplicación del principio de oportunidad,
- el papel de la víctima en el proceso,
- la incidencia de los pactos internacionales y los tribunales supranacionales y,
- la justicia negociada y el abandono del proceso,

De no hacerlo así, los riesgos se centran en:

- la quiebra de la división de poderes,
- la privatización de la justicia penal, paralela a la publicitización del proceso civil,
- la vuelta a la autotutela (Argentina, Perú, como retroceso, pero países africanos y asiáticos como ejemplo no evolucionado).

Elementos en tensión: algunos ejemplos

Varios factores empujan en diversos sentidos, no ya sólo entre los diferentes sistemas sino en el plano de los derechos, en muchas ocasiones en direcciones divergentes o incluso enfrentadas. Los **ejemplos** son múltiples:

- la preocupación por fortalecer los derechos del imputado exige observar formas que desaceleran el impulso de acciones penales y que pueden complicar la búsqueda de la verdad,
- preocupaciones pragmáticas requieren la simplificación de los procesos, haciendo preciso una vez más buscar el mejor equilibrio posible con otros objetivos, como preservar determinadas garantías, para no incurrir en una renuncia desproporcionada que a la postre pierda fundamento y probablemente provoque efectos contrarios o cuando menos no deseados.

Piénsese, por ejemplo, en la conjunción de los juicios rápidos, con la aplicación de soluciones consensuadas y la fuga hacia métodos no jurisdiccionales, fenómenos que aunque se suelen asociar a países donde rige un sistema adversativo, hoy en día se han extendido de tal forma que cualquier valoración exige abstraerse del modelo en cuestión.

Cualquiera de estos tres instrumentos, por separado, o adoptados en atención a situaciones específicas, puede resultar beneficioso, pero cuando las reformas se encaminan únicamente a la mayor amplitud de dichos mecanismos, y eso es en definitiva lo que puede ocurrir cuando se parte de diferencias entre pequeña y gran criminalidad, la renuncia termina afectando al propio proceso, a una garantía que no deberíamos olvidar se ha conseguido laboriosamente a través de los siglos.

El ejemplo de la dialéctica acusatorio/inquisitivo adversativo/mixto

Partiendo de las múltiples variantes de ejercicio de la acusación penal, las tensiones aparecen con independencia de la modalidad adoptada, como ha sucedido recientemente en Italia o en el Ecuador a la hora de fijar los límites de la independencia del acusador, sin que el régimen de monopolio rebaje aquellas *per se*, más bien al contrario.

La tendencia a la oficialidad que genera que la acusación quede encomendada a un único órgano, procura y satisface al adversativo, no cabe duda, ahora bien, no resulta una opción exenta de riesgos, ya que al cifrar una cuestión tan relevante como el ejercicio de la acción en una única mano, que además depende del ejecutivo, inclina la balanza hacia una acumulación de poderes, del ejecutivo e indirectamente del judicial, en la medida en que no llegará a ser juzgado ningún delito cuya acción no se ejercite a través del juicio (*nullum crimen sine indicio*).

Esta cuestión es la que ha situado en el “punto de mira” a la acción popular en España, no tanto como se afirma por su eventual utilización indebida, cuanto por constituir un obstáculo a la configuración claramente oficialista y controlada del ejercicio de la

acción penal, olvidando su demostrada efectividad a la hora de contrarestarla inacción, justificada o no, del MF en la persecución de delitos que el poder público prefiere olvidar.

Por otra parte, ni la transición de las investigaciones judiciales a las fiscales incide sustancialmente en la estructura “inquisitiva” de los procesos, ni es correcto afirmar que la instrucción en manos de los fiscales evidencia una mayor preocupación por los derechos humanos.

La búsqueda de equilibrio resulta especialmente difícil si como es frecuente el modelo se acoge parcialmente rechazando medidas que son el lógico correlato de otras o que constituyen un factor esencial del mismo.

Resulta paradigmático en este sentido que la búsqueda del modelo adversativo no vaya acompañado del abandono del monopolio investigativo oficial y la autorización a los abogados defensores a llevar a cabo sus propias investigaciones, excepto en Italia, con las dificultades conocidas.

Claro que así se renunciará al control de la fase investigadora y en buena medida al del ejercicio de la acusación, pero claramente se alcanzaría una auténtica contienda entre partes, implicando un sistema equitativo para la revelación mutua de información pero un correlativo incremento de costos.

Más aún, cuando, como realmente sería fundamental para un modelo adversativo, se privara al juez del acceso a la información del expediente oficial de la investigación y la determinación de los hechos quedara en manos de las partes, convirtiendo a aquél en un auténtico evaluador de lo aportado por el acusador y el defensor y no en un buscador independiente de la verdad.⁴

A falta de una respuesta radical, probablemente inexistente, torna a surgir la necesidad de ponderar las ventajas que desde una perspectiva global, de derecho penal y procesal penal, avalan tan sustancial cambio en el sistema, sacrificando algunas de las conquistas fundamentales del Estado de Derecho desde el siglo XIX.

No se olvide, por otra parte, que la conjunción de determinadas medidas puede conducir a resultados que no eran los deseados, o peor aún, que lo son en una dirección no deseable.

III. Los sistemas en la historia y actualidad: examen y crítica

1 Modelos adversativos

Un modelo adversativo se estructura como una disputa entre partes, acusador y acusado, desarrollada ante un tercero, donde el juez actúa de manera pasiva. Un proceso

⁴ Es lo que Damaška denomina una “adaptación transformativa” mucho más real que la inmediatez y la necesidad de reproducir o producir la prueba en el juicio, como forma de minimizar el riesgo de que el juez que preside la investigación este familiarizado con el material investigador del expediente oficial.

penal en el que las partes son dueñas de la contienda y deben impulsar el proceso con su actividad.

A) Gran Bretaña

Actualmente en Gran Bretaña la policía lleva todo el peso de la investigación, lo que permite cernir dudas sobre la efectiva separación entre investigación y acusación.

Organizada localmente goza de independencia funcional y disfruta de un amplio margen de libertad de criterio acerca de cuando y como iniciar el proceso penal.

La acusación es en nombre de la Corona, generalmente de la policía, y también, si así lo requiere, del *Attorney General*, del *Director of Public Prosecutions* o de la *Crown Prosecution Service*.

El control para verificar la admisibilidad de la acción penal se realiza a partir de la intervención del propio *Crown Prosecution Service*, correspondiendo al juez comprobar la existencia de elementos suficientes para proceder, así como que la actividad policial ha sido legal.

El juicio de acusación en Inglaterra, originariamente discrecional y atribuido a la policía, encuentra, desde la creación del *Crown Prosecution Service*, algunas limitaciones, ya que este último puede instar a la policía a adquirir más elementos de prueba o incluso puede desistir del ejercicio de la acción sin el consentimiento de aquella, ocupándose de la dirección técnica de la acusación obligatoriamente.

Sí existe, no obstante, un control político sobre los criterios de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, vertiendo el juicio de acusación sobre su fundamento, tanto desde la perspectiva de sus posibilidades de éxito, cuanto de su eventual frustración por las actividades desarrolladas por la policía, si éstas son consideradas ilícitas.

B) Estados Unidos de Norteamérica

La primera consideración a este respecto debe partir de un hecho que los propios autores reconocen: el modelo se aplica en realidad a menos de un 1,5-2% de la criminalidad en los EEUU, lo que significa que la mirada se centra en poco más que una ilusión en su aplicación real.

Cuando se inquiera sobre las razones, la respuesta es unánime: resulta imposible resolver los problemas de criminalidad respetando el sistema, circunstancia que ha conducido al *bargaining* en sus diversas modalidades como método real en la persecución de los delitos en el país norteamericano.

Con todo, la doctrina insiste en que la institución clave en el proceso norteamericano es el jurado, tanto el civil como el penal, que sirven en EEUU de vía de comunicación idónea entre jueces y ciudadanos, transmitiendo y haciendo compartir la idea de justicia. Las razones de su actual declive no pueden ser acometidas en detalle, pero una mera aproximación necesita de unas explicaciones previas, sobre todo en orden a puntualizar algunos datos en torno a los llamados ADR.

Empezando por ésta última, el Gran Jurado fue considerado históricamente como una salvaguarda frente a persecuciones malintencionadas, según recoge la propia jurisprudencia estadounidense: “cumple (sic: el Gran Jurado) la inestimable función de situarse entre el acusador y el acusado al objeto de determinar si la acusación persigue un objetivo torticero.

De hecho, la V enmienda de la Constitución norteamericana exigía que solamente el gran jurado tuviera competencia para formular la acusación penal, y en dicha función se detectan atribuciones tan amplias que parecería ofrecer tintes inquisitivos. El Gran Jurado, era el único órgano que según el *Bill of Rights* tiene competencia para ejercitar la acción penal (V Enmienda) (*McNeill v. Wisconsin*, 501 U.S, 717, 181 (1991).

El jurado interviene como tercer control del ejercicio de la acción, una vez se han llevado a cabo las siguientes actuaciones:

- 1ª) investigación policial que determina los hechos,
- 2ª) arresto o detención del imputado previa orden judicial y donde se permite una llamada,
- 3ª) decisión de acusar (*complaint*) tras revisar las actuaciones judiciales del fiscal y la policía, que convierte al acusado en *defendant*, y debe ser revisado sin presencia de la defensa para determinar si existe *probable cause*.

Con carácter previo se han celebrado:

- A) La primera comparecencia del acusado, antes de trascurridas 48 horas de la detención, para constatar su identidad, formular los cargos e informarle de sus derechos (a guardar silencio y a la asistencia letrada, sustancialmente), así como para determinar la fianza para la libertad provisional.
- B) La *preliminary hearing* para comprobar, ya con contradicción, la suficiencia probatoria.

A partir de entonces, el jurado formado por de 16 a 23 jurados (Cortes Federales) revisa la acusación y el fiscal efectúa una propuesta de *indictment*, documento de acusación que sustituye al *complaint* y que debe someterse al jurado.

4ª) Comparecencias

En la comparecencia del acusado (*arraignment*) una vez informado de los cargos y de la acusación formal, se manifiesta sobre culpabilidad o no culpabilidad (*nolo contendere*) como resultado de las conversaciones con el fiscal y las diversas modalidades del *bargaining* (deja de ser un sospechoso (*suspect*) y pasa a ser un acusado (*defendant*).⁵

⁵ Las *pretrial motions* constituyen una fase de alegaciones sobre la legalidad de ciertas acusaciones y la vulneración de derechos tras el *discovery* o presentación del caso desde el punto de vista de la otra parte y la exhibición (*disclosure*) de los testigos y otras pruebas por ambas partes, así como del resultado de peritajes oficiales.

El principio general es que el acusado tiene derecho a un juicio público que sólo puede restringirse en atención al tipo de delito o a la necesidad de preservar la publicidad de la prueba. Derecho al que sólo cabe renunciar con el necesario acuerdo del *prosecutor*, a través de las diversas variantes de *plea*: en cualquier momento, mediante la interrupción del acusado ofreciendo una admisión de culpa (del *indictement or information*), o a través de *guilty plea*, que supone a su vez un acuerdo previo para e obviar cierto cargos o alcanzar una sentencia más benigna (*plea bargaining*).

Cabe destacar que frente a abusos iniciales en una negociación frecuentemente desigual, en muchos Estados, el desistimiento precisa del acuerdo judicial, en tanto en la mayoría de los supuestos corresponde al juez de la Corte dirigirse al acusado para comprobar su pleno conocimiento en torno a: que el acuerdo implica la renuncia a su derecho al juicio ante el jurado y al derecho a la contradicción con los testigos, a que se ha alcanzado con plenitud de conocimiento y libre voluntad, o lo que es lo mismo, que no ha sido coaccionado ni directa ni indirectamente, ni se la ha ofrecido otra recompensa o ventaja que la que forma parte del acuerdo, en sí mismo, así como que se es claramente consciente de las consecuencias de dicho acuerdo.

En el infrecuente supuesto en que se llegue al juicio, éste se inicia con la presentación de cargos y descargos, la prueba debe practicarse de forma oral y pública, sin incorporar la documentación que recoja resultados del *pre trial*, salvo tratarse de una declaración documentada y que el declarante deponga ante el jurado como testigo.

Paralelamente, la documentación de la declaración de los testigos en la *preliminary hearing* no puede incorporarse como prueba al juicio, salvo que resulte imposible que el testigo comparezca.

Finalmente, el acusado debe estar presente y podrá ser examinado, correspondiendo a su defensa siempre el alegato final.

El jurado debe pronunciarse sobre la culpabilidad si las pruebas de cargo sitúan su convicción sobre su culpabilidad *beyond any reasonable doubt*, correspondiendo la imposición de la pena a la fase *pos trial*, así como la existencia y procedencia de recursos contra el veredicto, que excluye siempre la insuficiencia probatoria.

2 Notas comunes del sistema adversativo: paridad y contradicción como parámetros

La nota común del adversativo es ser un juicio de partes en el que el juez y el jurado ostentan una posición pasiva, limitándose a decidir las cuestiones de hecho y derecho que le plantean las partes.

De ahí, que deban existir dos investigaciones separadas, la desarrollada por el fiscal y la policía, y la del imputado y su defensor, siendo cada parte dueña de su propia investigación y resultando ambas independientes, hasta el momento en que se tenga la obligación de desvelar los datos y medios probatorios obtenidos (*disclosure*).

Existe asimismo acuerdo en centrar la esencialidad del modelo en las siguientes notas:

- en primer término, la iniciativa de las partes, tanto para accionar cuanto para probar, o lo que es lo mismo, la posición del juez absolutamente neutral y equidistante;
- en segundo término: el abandono de la búsqueda de la verdad como finalidad del proceso penal, es decir, la satisfacción procedente de aceptar como verdad plausible el resultado de la confrontación entre la aportación y práctica de la prueba por las partes, incluyendo los efectos derivados de la *sporting theory*;
- en tercer término: no utilizar al acusado como objeto de investigación y evitar a toda costa que una persona se vea sometida a una acusación infundada o a la llamada “pena de banquillo”, mediante impedir que la prueba sólo pueda practicarse en el proceso y, finalmente;
- en último lugar, admitir como pruebas de cargo únicamente aquellas que se producen oralmente y ante el jurado, estando sometidas a examen cruzado característica ésta última que al menos en el plano teórico implica rechazar la admisibilidad de actuaciones efectuadas fuera del juicio, aunque estuvieran documentadas e incorporadas a un *dossier* y fueran leídas durante el juicio, práctica ésta última que no obstante admite la jurisprudencia norteamericana.

3 Autocrítica del adversativo americano

La crítica se centra en la percepción de aspectos inquisitoriales en el propio sistema, esto es, en detectar más defectos ajenos que virtudes propias.

Se alerta, en primer lugar, sobre la ausencia del deber del tribunal de comprobar la veracidad de los cargos de la acusación en el proceso, que no ha impedido, sino todo lo contrario, que el Congreso de los EEUU y el Tribunal Supremo amplíen su poder inquisitivo permitiendo averiguar la verdad mediante interceptaciones telefónicas, entradas y registro domiciliarios e incautaciones.

En segundo lugar, en la limitación del derecho a no autoincriminarse que acarrea la posición de la Corte Suprema norteamericana, cuando ha aceptado leyes que exigen al acusado informar antes del juicio de la utilización de defensas positivas, como una coartada o de alegar la inimputabilidad.

En tercer lugar, en torno a la fase de investigación ante el Gran Jurado, cuando se permite que éste último puede obligar a los testigos a declarar en secreto sin alegar previamente la relevancia del testimonio, que el testigo llamado a declarar no tenga derecho a estar asistido por abogado y que todos cuantos participan están sometidos al deber de reserva, o que el futuro acusado no presencie los actos de investigación ni conozca sus resultados, como que tampoco pueda presentar medios de prueba propios o cuestionar el fundamento de la acusación (*indictment*).

Se objeta incluso, que a diferencia del fiscal instructor europeo, el fiscal ante el “Gran Jurado” no tiene obligación de presentar la prueba exculpatoria aunque le conste su existencia y como no, el *plea bargaining*, que ya desde sus inicios fue rechazado por las diferentes Cortes, negando autoridad al *prosecutor* para alcanzar compromisos, por violar los principios legales establecidos legalmente, y cuya aceptación obedeció a la concurrencia de diversos intereses, especialmente ser el instrumento a través del cual se resuelve el 98% de los casos con alta satisfacción de los diferentes partícipes en el proceso.

Pero, además, porque toda resolución obtenida mediante *guilty plea* niega el adversativo por esencia y conduce a mayores presiones del *prosecutor* cuanto más débil es la acusación y mayor es el riesgo de absolución en el proceso, sin olvidar, finalmente, la renuncia forzada al *privilege against self-incrimination* y otros derechos constitucionales, como el derecho a ser juzgado por un jurado y la crítica reiterada a la oscuridad de las negociaciones que preceden al acuerdo, cuando no a las prácticas criticables del acusador. Tales como las siguientes:

- acudir al interrogatorio del acusado e intentar persuadirle directa o indirectamente de que acepte un acuerdo o limitar sus derechos a través de declararse culpable.

Con todo, la desigualdad constituye el verdadero “talón de Aquiles” del sistema. De hecho, aun tratándose de datos de 1992, se dedicaron 97.500.000 U\$S a la investigación de fiscales y policías, y sólo un 2% de este presupuesto se dedicó a la defensa de indigentes que constituye, sin embargo, un 80% de los casos. Y aunque algún autor argumente que esta desigualdad sería subsanable mediante una decisión política que invirtiera las cantidades, la realidad – siempre terca – se empeña en demostrar lo contrario.

4 Modelos mixtos: crítica y precisiones en torno a los erróneamente denominados sistemas inquisitivos. Rechazo de descalificaciones apriorísticas

A) El sistema continental (sistema mixto, o de acusación oficial) o por decirlo mejor, el original sistema acusatorio ha sido objeto reiterado de dos críticas específicas: la falta de imparcialidad del órgano encargado de la investigación, y tratar a los ciudadanos como objetos de investigación en lugar de como sujetos de derechos.

La primera carencia se ha afrontado mediante la distinción entre funciones investigadoras a cargo del fiscal y decisorias a cargo del juez o previendo que el juez que instruye no juzgará.

La segunda, se ha encarado reconociendo al imputado una serie de derechos más amplios en el juicio y menores en la investigación (informar de la imputación; poner a su disposición el objeto y resultado de la investigación; solicitar medidas etc.).

B) Desde una perspectiva adversativa lo que preocupa es preservar la absoluta neutralidad del juez como efecto de la dialéctica de confrontación, aún a costa de que a falta de buenos mecanismos que salvaguarden el derecho de defensa, la desigualdad resultante es enorme y tremendamente injusta.

Desde la óptica acusatoria, por su parte, al incidir en fundamentar suficientemente el ejercicio de la acción antes de actuar, se arrostra el riesgo de contemplar una fase que puede suponer aquello que se pretende evitar, esto es, utilizar al acusado como fuente de prueba y generar la llamada “pena de banquillo”, especialmente si el investigado después no resulta acusado.

Obsérvese no obstante que tanto en uno como en otro se busca preservar la imparcialidad del juez, parámetro que hoy en día es asimismo determinante en los procesos europeos y que cabe formular así:

- quien acusa no puede juzgar, y de ahí que no puede haber proceso si no hay acusación y;
- la acusación ha de ser formulada por persona distinta de quien debe juzgar, y que no puede condenarse ni por hechos distintos de los acusados ni a persona diferente de la acusada;
- el juez no puede tener facultades de dirección material, exigencia ésta última que implica a su vez, que la aportación de hechos al proceso no forma parte de las facultades de dirección sino del principio acusatorio, y que la dirección material se refiere a la prueba de los hechos aportados por el acusador, en tanto el reconocimiento al juzgador de facultades para contribuir con las partes a la comprobación de la verdad de tales hechos no atenta a su imparcialidad.

C) Parece que los reproches formulados contra cualquiera de los procesos de los países continentales europeos – reproches so pretexto de “inquisitorialidad” – no conducen a ningún lugar y sobre todo no provienen de una posición especialmente legitimada, al igual que sucedería si fuera al revés.

Y no porque no exista fundamento dogmático alguno, sino porque en tal juicio se prescinde de las diversas configuraciones de la fase de investigación y las garantías preservadas en los distintos ordenamientos que pueden conducir a una mejor valoración en cuanto implican la intervención judicial (garantía jurisdiccional) frente a la configuración administrativa imperante en GB, por ejemplo.

La crítica, que pudo tener fundamento en algún momento histórico, y no sólo respecto de los países de tradición continental, resulta hoy en día simplemente carente de fundamentos, olvidando los importantes logros alcanzados, así como que ni uno ni otro existieron en estado puro ni perviven así, y que finalmente como se ha podido comprobarse detectan “notas inquisitivas” a ambos lados del Atlántico.

Sí existen, no obstante, elementos que pueden fundar una crítica y consecuente necesidad de reformulación en los procesos mixtos:

- la propia estructura de la instrucción o investigación de los delitos;
- propiciar la llamada “pena de banquillo”;
- permitir la condena en atención a la declaración del imputado en la instrucción y la intervención judicial en el juicio en materia probatoria.

El objeto de la crítica converge, por otra parte, con reproches provenientes del propio sistema continental que mira al adversativo como modelo, o que, contradictoriamente, persigue una creciente oficialización de determinados aspectos del proceso, como la dirección de la investigación y el ejercicio y sostén de la acción penal.

D) Valoraciones críticas cruzadas

Cuando acudimos a un punto de vista más integrador, el modelo de *civil law*, *continental* o *mixto*, tiende a ser un modelo de investigación oficial más que un modelo “de disputa”, al igual que el modelo mixto tiende a una estructura jerárquica en tanto el modelo del *common law* adopta otra más “coordinada”.

Cabe admitir incluso que dicho modelo arroje sombras sobre la utilización del acusado como fuente de información o las dudas sobre la imparcialidad de los órganos oficiales, del juez, ciertamente, pero también del acusador si no se le configura como verdadera parte.

Ahora bien, desde otra perspectiva, el modelo adversativo presenta características difíciles de aceptar,

- una desigualdad difícilmente tolerable,
- la configuración administrativa de la fase de investigación y,
- la incontestable realidad de un modelo “en el cielo de los conceptos jurídicos”, alejado por completo de la realidad del que llega a afirmarse que tiende a garantizar los derechos del imputado en la medida en que resulta ineficaz y sólo resulta eficaz cuando se aleja del modelo adversativo mancillando dichas garantías.

Circunstancia que por otra parte también puede detectarse en los procedimientos mixtos como se pone de relieve con la negociación o los diversos mecanismos aceleradores adoptados en Europa e Iberoamérica, la mayor parte a costa de la renuncia al derecho al proceso, a la práctica de la prueba o a otros derechos, incluidos en la conformación del “proceso debido”.

5 Las fórmulas negociadoras: el verdadero tiro en la línea de flotación

Si existieran unas estadísticas mundiales nos asombraría – o quizás no tanto – el altísimo número de soluciones consensuadas de procesos penales.

No quiero entrar ahora en un análisis pormenorizado, aunque sí recordar algunos aspectos como los siguientes:

- La negociación se introdujo y a crecido a partir del progresivo retroceso en la aplicación del principio de legalidad, convirtiéndose en la actualidad en la puerta de bienvenida del abandono del proceso hacia métodos extrajudiciales.

La posibilidad de negociación conducirían el modelo de investigación oficial hacia un modelo adversativo en mucha mayor medida que la reiterada discusión sobre el fiscal instructor, ya que el modelo de la disputa contempla el proceso penal como un enfrentamiento entre dos partes y acoge de manera natural el poder negociar sobre las consecuencias del delito poniéndose total o parcialmente de acuerdo.

- *Los beneficiosos efectos para los protagonistas del proceso.* Para el acusado, que evita el proceso o incluso la propia acusación si el acuerdo es previo y tiene oportunidad de reconocer su culpa y de iniciar la rehabilitación, para el MP y el juez, que obtienen una pronta resolución economizando medios a la justicia y obteniendo un resultado siempre positivo desde el punto de vista de la resolución condenatoria. Y para el abogado que ofrece a su cliente una resolución siempre aparentemente satisfactoria y un resultado más acorde con su propia agenda de trabajo.
- La resolución mediante consenso resulta una *forma más rápida y económica de resolución del conflicto*, que evita simultáneamente impugnaciones, acelerando aún más la resolución final, por nacer de un acuerdo entre quienes estarían legitimados para recurrir.
- *La paradoja causal:* el incremento del derecho de defensa ha conducido al *bargaining*, constituyendo en buena medida “la causa del mal causado” porque dicho desarrollo ha convertido el proceso en excesivamente largo y costoso, hasta hacer de la necesidad su mayor virtud, ya sea por las dificultades probatorias, ya por el incremento de procesos y garantías y la imposibilidad de resolverlos todos.
- Argumento funcional: el alto número de *guilty pleas* se interpreta como elemento imprescindible para que la justicia penal funcione, de manera que pese a suponer la renuncia a un derecho tan esencial al sistema adversativo como el derecho de defensa, se consiente, al contribuir a que éste se mantenga, por así decirlo, en los niveles aceptables de funcionamiento. O como afirma la jurisprudencia norteamericana, sobreentendiendo, que si todos los imputados buscaran el ejercicio de sus derechos, el sistema “saltaría”, lo que propicia que la renuncia de muchos permita cumplir a unos pocos con las garantías que le concede la Constitución.

Con todo, las conocidas en Europa como negociaciones (“*conformidades*”, “*absprache*” “*patteggiamento*” etc.) no son en realidad una característica propia de ningún modelo, sino

más bien constituyen diversas variantes de renuncia a las diversas garantías inherentes al proceso en cualquiera de los sistemas de referencia, ya sea la *Confrontation and cross-examination*, o el “derecho a ser juzgado por el Jurado”, en el adversativo, o el derecho al proceso o a la prueba, en el mixto. Habiendo obligado por otra parte a una reelaboración, cuando no deconstrucción de categorías como “la obligatoriedad de ejercitar la acción penal” (Italia); la participación de la víctima (quien puede resultar un obstáculo, reconduciéndola a una perceptora de indemnización por los perjuicios derivados de la comisión del delito); o la búsqueda de la verdad que debe abandonar ciertamente la verdad histórica y recomponer el deber de su búsqueda.

Al final cabe preguntarse: si es inevitable y si resulta aceptable la renuncia al derecho que conforman “un proceso justo” o “el debido proceso”.

6 Recapitulación sobre las cuestiones que deben valorarse y contrapesarse en toda reforma (una selección)

Entre otros que podrían ilustrar los peligros citados me referiré a algunos tan evidentes como frecuentemente ignorados.

1ª) Dirección de la investigación

Que dirija la investigación el MF no resulta en sí mismo algo rechazable, siempre y cuando, claro está, se trate de un órgano con las necesarias garantías de independencia.

Su actuación visualiza la separación de las funciones acusadora y enjuiciadora, pero presenta varias dudas: si cabe exigir imparcialidad semejante entre investigación y enjuiciamiento y si requiere incorporar un órgano como el Juez de Garantías para no quebrar el presupuesto de jurisdiccionalidad en múltiples actuaciones a lo largo de la investigación, por no reiterar que *no resulta el elemento clave para calificar o no un sistema de inquisitivo, o en todo caso, en menor medida que utilizar al acusado como fuente de información en la primera fase del proceso penal.*

Riesgo, que la policía reclame la investigación (ej. Brasil, recientemente, Alemania o incluso en España)

2ª) Incremento del principio de oportunidad

La adopción de las múltiples modalidades de principio de oportunidad resultan justificables cuando concurren determinadas circunstancias, y entre ellas desde luego, la necesidad de obtener una más pronta justicia.

Ahora bien, resulta asimismo incuestionable que muchos de tales objetivos se alcanzarían a través de otros medios como incrementar el número de juzgados (o distribuir mejor los existentes) o despenalizar determinadas conductas, lo que de paso ayudaría al viejo sueño del derecho penal como *ultima ratio*.

Y si estos medios no resultan los adecuados, la atribución de determinados márgenes de discrecionalidad o incluso de toda la discrecionalidad como en Francia, puede aceptarse, pero no incondicionalmente, no cuando simultáneamente se reduce al juez a un papel de mero espectador y desaparece cualquier control sobre el ejercicio de la acción, que esa es precisamente la discrecionalidad,

porque en tal caso, el acopio en una sola mano, más aún si dependen del ejecutivo, del poder de acusar, siendo ésta la única forma de realizar el derecho penal (*nulla poena sine iudicium*) aparece como un poder formidable. El recurrente protagonismo de la fiscalía en todas las reformas no parece refutar esta impresión.

3º) La posición de la víctima

La posición de la víctima, regulada como titular únicamente de una pretensión indemnizatoria, posición que debe ser objeto de ponderación y equilibrio con la tendencia al monopolio en el ejercicio de la acción penal, que corresponde a la estructura bipolar del *adversary system*, y a que se atribuya al MF la iniciativa y las cargas procesales, relegando al juez a estrictas funciones de garantía y en su caso de dirección procesal.

Cuestión que por otra parte se corresponde con que el MF ostente una verdadera posición de parte, pero que, precisamente por igual motivo, permite que en la percepción norteamericana se detecten indicios de inquisitorialidad, cuando el juez abandona aquella posición para intervenir en el proceso en aras a mejorar su desarrollo, como sucede en los tribunales *ad hoc* o para salvaguardar algunos derechos, como acontece en los diversos tipos de *bargaining*.

4ª) La existencia de legislaciones y tribunales supranacionales

No cabe echar en saco roto, además, la existencia de legislaciones supranacionales como es el caso de la normativa de la UE y por la incidencia de los tribunales supranacionales que obliga a jueces provenientes de uno y otro modelo a resolver conjuntamente sentados en el mismo tribunal.

Que los diferentes Estados asumieran un elenco de derechos comúnmente aceptados que operaran como “mínimo común denominador” de cualquier modelo, sin perjuicio, para ser realistas, de encontrar un punto de encuentro con los límites que marcan, de un lado, las peculiaridades que pudieran existir en los diferentes países o que provengan de una mayor protección, y de otro lado, los límites de las políticas públicas nacionales que corresponde fijar a aquellos.

Y unido a ello, que aceptar dicho parámetro implicaría constreñir la valoración de dichos derechos en un doble sentido positivo y negativos, es decir, ciñendo la aceptación al ámbito de los mismos pero sirviendo asimismo para denegar su aplicación, cuando el círculo interno del ordenamiento al que quiera aplicarse lo rechace por constituir una

minoración del ámbito de tutela interno, en virtud de la “cláusula de progresividad” o “cláusula de no regresión”.

5ª) La realidad histórica, social y política en que se insertan las reformas

Todo sin olvidar, que ni las reformas ni las importaciones comportan efectos tautomáticos como podría deducirse de la lectura de algún texto legal introductorio. Incorporar determinadas instituciones que representan o se adecuan mejor a un sistema adversativo, piénsese en el *plea bargaining*, por ejemplo, no convierte el sistema que lo adopta en más adversativo.

La explicación es bien sencilla, cada ordenamiento acoge la figura de una manera específica, propia, conduciendo en su conjunto, más que a una “americanización” o “adversativización” a una fragmentación.

La incorporación de las formas de negociación en los ordenamientos europeos no han supuesto una conversión del proceso en un “proceso de partes”, algo esencial al adversativo, aunque sí ha obligado a una revisión de las teorías sobre la búsqueda de la verdad en materia probatoria.

Trasladar una institución no se hace “en el vacío” sino en un conjunto de instituciones y de prácticas jurídicas que modifican frecuentemente el resultado, al margen de la capacidad transformativa en el tiempo que dicha traslación comporte.

Por no mencionar otro aspecto trascendental, cual es que dos sistemas de procesos penales no son sólo una forma de resolver un conflicto o de distribuir funciones entre una serie de sujetos, sino más fundamentalmente formas de concebir algo tan arraigado en la cultura de un país como la administración de justicia, que a su vez hunde sus raíces en el devenir histórico y la conformación de la sociedad (Damaska: la música del derecho cambia, por así decirlo, cuando los instrumentos y sus intérpretes ya no son los mismos).

Los ejemplos serían innumerables, pero uno destaca por su relevancia: el profundo arraigo de la confianza en la legitimación democrática en la sociedad norteamericana, que sólo resulta equiparable con el relativo a la igualdad ante la ley en la historia y cultura continental europea, basado, no se olvide, en un principio de legalidad en la actualidad en franca retirada.

La incidencia de esta diversidad es un espejo inigualable para advertir como determinadas traslaciones comportan un alto riesgo en su efectiva asimilación en el sistema receptor, tal como se ha puesto de manifiesto en el caso de la reforma del proceso penal italiana dando pie a comentarios *sobre el profundo compromiso de los sistemas de justicia europeos con la idea de brindar el mismo trato a los acusados, circunstancia que hace “difícilmente digerible” algo perfectamente posible en USA: que dos acusados puedan terminar acusados por delitos diferentes en atención a evidencias semejantes, como sucedió, entre otros casos en Bordenkircher v. Hayes, en el que el acusado fue acusado por un delito castigado con pena de hasta 10 años, el fiscal le ofreció una declaración de culpabilidad por cinco años, advirtiéndole simultáneamente que si*

insistía podía acusarle como delincuente habitual por sus antecedentes con hasta cadena perpetua. Como se ha definido gráficamente: “Para una mente continental Hayes es una pesadilla. Efectivamente, en el ámbito social y jurídicoangloamericano la ausencia de imparcialidad es un óbice insuperable, en la misma medida que la desigualdad lo es en la tradición jurídica de los países continentales de Europa.

7 A modo de reflexión final

Cohonestar esta y otras divergencias constituye el verdadero reto de las reformas para que puedan incorporarse al sistema jurídico, se llame como se llame, sin ocasionar desajustes o peor aún quiebras insuperables en el mismo.

A tal efecto, deben preservarse la historia y la cultura jurídica profundamente arraigada en cada país, donde en último término arraiga la confianza ciudadana que sirve de soporte a la “regulación legal”.

Riesgos que se perciben en un mundo globalizado, donde cada vez los problemas son mas comunes y la necesidad de “aprender en cabeza ajena” más imperativo y donde – aún cuando resulta del todo imposible extenderme más – no debo dejar de advertir sobre el innegable peligro de la *privatización de la justicia*, cuando menos por dos razones: (a) el incremento desenfrenado de mecanismos negociadores en el proceso penal y el “canto de sirena” en el que puede acabar convirtiéndose los reclamos de una justicia más rápida e inmediata, como valor preponderante o incluso único; y (b) *la huida del proceso* que la historia y situaciones actuales evidencian que conducen a un *retorno de la autotutela*.

Bibliografía de consulta

AMODIO, E. The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy. In: *Criminal Justice between Crime Control and Due Process* (Convergence and Divergence in Criminal Procedure Systems. Max-Planck-Institut für Ausländisches und internationales Strafrecht, Band, 101, 2004.

ARMENTA-DEU, T: *Principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, 1995.

_____. *La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal*, en *Poder Judicial*, n° 58, 2000.

_____. *Sistemas procesales penales* (La justicia penal en Europa y América). Marcial Pons, 2012, 316 p. (ISBN 978-84-9768-913-7).

AYALA CORAO, C. M. Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos. In: “*La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*”/coord. por Francisco Fernández Segado, 2003, ISBN 84-259-1250-4.

BRADLEY, Craig M. The emerging international consensus as to criminal procedure rules”. 14 *Michigan J. Int’l L*, 171-221, 1992-1993.

- BURNS, R. P. *The Death of the American Trial*. The University of Chicago Press, 2009.
- DAMAŠKA, M. R. Aspectos globales de la reforma del proceso penal. In: *Reformas de la Justicia Penal en las Américas* (Fundación para el Debido Proceso Legal, 1999).
- _____. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven, Yale University Press, 1986.
- _____. The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments, *45 Am.J.Comp.L.* 839-852, 840, 1997.
- _____. Mischief of Plea Bargaining and Sentencing. *Criminal Law Review*, 895-910, 2000.
- _____. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *2 J.Int'l Crim.Just*, 2009.
- EISENSTEIN, J. Criminal Courts and bureaucratic justice: concessions and consensus in the guilty plea process, 76. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 1985, p. 1106.
- FINE, R. A. Plea bargaining; an unnecessary evil, 70. *Marquette Law Review* 1987.
- FISHER, G. Plea bargaining's triumph, 109, 857, 897YlJ, 2000.
- FISS, Owen. Against Settlement. *Yale Law Journal*, nº 93.
- GALANTER, M. The Vanishing Trial: An Examination of Trial and Related Matters in Federal and States Courts. *Journal of Empirical Legal Studies* Volume 1, Issue 3, 459-570, November 2004.
- _____. A world without trials? *J. Disp. Resol.* 7, 2006.
- LANGBEIN, J. H. *The Origins of Adversary Criminal*. Oxford, 2003.
- LANGER, M. The rise of managerial judging in International criminal law. 53 *The American Journal of Comparative Law*, 835-909, nº 14, 2005.
- NOTE. Guilty Plea Bargaining: Compromises by Prosecutors to secure guilty pleas. 112 *U.Pa.L.R.*, 1964.
- _____. The Unconstitutionality of Plea Bargaining. 83 *Harv. L.R.*, 1970, p. 13.
- PIZZI, William T.; MONTAGNA, M. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004.
- _____. Sentencing in the USA: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body. In: *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context* 65,66 (John Jackson, Máximo Langer & Peter Tillers ed), (2008).
- SILVESTRI, E. Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de controversias. *Jueces para la democracia*, nº 37, marzo 2000, p. 47 ss.
- SKALNSKY, D.; YEAZELL, S. C. Anti-Inquisitorialism. *Harvard Law Review*, 122, 1684, 2008.
- STITH, K. The Arc of Pendulum: Judges, Prosecutors, and the Exercise of Discretion. 117 *The Yale Law Journal*, 2007-2008.

SEÇÃO II

Doutrina Nacional

Como citar este artigo:

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.
<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

ALGUMAS MARCAS INQUISITORIAIS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A RESISTÊNCIA ÀS REFORMAS

*Nereu José Giacomolli*¹

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.8>

RESUMO

O perfil inquisitorial do modelo processual penal brasileiro encontra ambientação ideológica na década de quarenta, a qual reflete, por sua vez, a ideologia europeia da década de 1930. O CPP foi gestado em plena ditadura do Estado Novo, com forte influência do Código Rocco italiano, de inspiração fascista. As marcas deste perfil criaram raízes na legislação ordinária, na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal. Entre as marcas desta raiz inquisitorial estão a possibilidade de o magistrado agir de ofício, assumindo funções da acusação, podendo requisitar a investigação, reconhecer agravantes sem que estivessem descritas ou tivessem sido postuladas, podendo condenar, mesmo que o Estado-acusação tenha pedido a absolvição. Nas reformas parciais do CPP persistiram perspectivas incompatíveis com o modelo constitucional e convencional do processo penal. O artigo faz uma ambientação histórica, cultural e política da década de quarenta e mostra as marcas do perfil inquisitorial do processo penal brasileiro e as resistências às reformas.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO PENAL. IDEOLOGIA. MARCAS INQUISITORIAIS.

ABSTRACT

The profile of the Brazilian inquisitorial criminal procedure model is ideological in the forties, which reflects, in turn, the European ideology of the thirties. The CPP was gestated during the dictatorship of

¹ Doutor em Direito Processual pela *Universidad Complutense de Madrid*, pós-doutor pela *Università degli Studi di Torino*, professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, onde leciona na graduação, no mestrado e doutorado em Ciências Criminais e na Escola Superior a Magistratura do RS. Um dos fundadores do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP).

the Estado Novo, with strong influence from Italian Rocco Code, fascist inspiration. The marks of this profile have taken root in ordinary legislation, doctrine, jurisprudence, and legal education in criminal laws. Among the hallmarks of this inquisitorial roots are able to judge the acting craft, assuming functions of the prosecution, and may request the investigation, recognizing that without aggravating described were or had been postulated, may order, even if the State prosecution has requested the acquittal. In the partial reforms of the CPP persisted incompatible with the constitutional and conventional model of criminal procedure perspective. This article is a historical, cultural and political setting of the forties and shows the marks of inquisitorial profile of the Brazilian criminal process and resistance to reform.

KEYWORDS: CRIMINAL PROCEDURE. IDEOLOGY. INQUISITORIAL MARKS.

1 Considerações iniciais

As resistências às alterações do Código de Processo Penal evidenciam-se a cada intento de reforma. Apesar das tentativas, não logrou o Brasil adequar a sua legislação processual criminal às Cartas Constitucionais que sobrevieram à década de quarenta, quando foi gestado o arcabouço legal referente às regras do processo penal. Mesmo após a Constituição Federal de 1988, continuaram as resistências. Necessário compreender o que se passava na década de quarenta no Brasil, do ponto de vista político e cultural e quais as influências que o legislador ordinário recebeu. Vivíamos a ideologia ditatorial do “Estado Novo” e o legislador brasileiro recebeu as influências do Código Rocco, de forte inspiração fascista. Essa ideologia marcou o Código de Processo Penal e penetrou na doutrina, na jurisprudência, no ensino jurídico e na política criminal brasileira. As marcas, forjadas a ferro e fogo, ainda predominam na *law in action*, apesar da Constituição Federal e dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

O presente artigo pretende mostrar a ambientação existente no Brasil quando foi gestado o Código de Processo Penal e as marcas deixadas, as quais ainda persistem e oferecem resistência às reformas e à aplicação de um processo penal democrático. É importante mostrar a forte permanência totalitária e as várias tentativas de reforma. Num primeiro momento, a exposição faz uma ambientação cultural, política e ideológica do Brasil da década de quarenta e da Europa da década anterior. Num segundo momento, mostra as principais marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal para, numa terceira parte, delimitar as inúmeras tentativas de reforma, atingindo as reformas parciais de 2008 e as propostas do Senado da República, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados.

2 Ambientação cultural, ideológica e política da década de 1940

Para entendermos o perfil ideológico do arcabouço processual criminal, bem como as razões das permanências inquisitoriais, se faz necessário mergulhar na ambientação política, social e cultural da década de quarenta, no Brasil e no plano internacional. A relevância dessa compreensão está na influência do Código de Processo Penal Italiano, ou Código Rocco, da década de trinta, na estruturação do nosso CPP. Essa estrutura ideológica ainda permanece na normatividade ordinária, no ensino jurídico, na jurisprudência e nas atividades dos sujeitos, na *law in action*.

Aqui, ideologia é tida como um conjunto de ideias e valores informantes da direção do pensamento e da ação, na compreensão e resolução de um problema, ou seja, como pensar, o que pensar, como fazer e o que fazer. Através da ideologia é que o poder dominante se legitima, o qual recebe uma identidade de pensamento, irradiando, a ser considerado o *case processo penal*, um entendimento deste, da pena, da prisão preventiva, v.g. A ideologia legitima, integra e justifica uma realidade e, paradoxalmente, também a deforma e profana. Há um certo consenso de que a ideologia conduz a ação e o pensamento, as pré-compreensões, determinando práticas e apresentando resultados.

A crise mundial de 1929 fez com que diminuíssem as exportações e as importações de produtos industrializados pelo Brasil, motivo por que, também, se incrementou o desenvolvimento da indústria brasileira. Em 1930, o Brasil foi tomado pelo fenômeno do populismo Vargas, verificado, principalmente, nos setores previdenciário e trabalhista. Vargas transformou-se no árbitro da situação política, reforçando o poder do Estado e o seu próprio poder. Essa política populista foi adotada pelas elites brasileiras. Em 1937, Vargas instaurou uma ditadura sem precedentes na história brasileira, denominada de Estado Novo, o qual perdurou até 1945. Nesse período foi posta em prática uma brutal repressão policial, um rígida censura à imprensa e uma máquina de propaganda em defesa do regime ditatorial, através do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP). A Polícia Especial (PE) e as polícias estaduais adquiriram ampla liberdade de ação, sem controles rígidos, prendendo, torturando e assassinando qualquer pessoa que se opusesse ao regime. Em razão do crescimento da economia e dos direitos trabalhistas, o regime recebeu forte apoio popular. Contudo, as assembleias legislativas e as Câmaras Municipais foram fechadas e o Poder Judiciário subordinou-se ao Poder Executivo.

Já em seu governo provisório, Vargas havia suspenso a Constituição Republicana de 1891, fechando as Casas Legislativas, ademais de nomear interventores para dirigir os governos estaduais. A insatisfação política propiciou a Constituição Federal de 1934, mas a contestação ao regime Vargas continuou, agora pelos defensores do socialismo. O comunista era o inimigo da vez. Sob o argumento de que os comunistas tomariam o poder, outorgou-se a Constituição de 1937 (“polaca”), sob forte inspiração do fascismo italiano, tendo como um dos autores intelectuais Francisco Campos, o mesmo que assina a exposição de motivos do CPP de 1941, ainda referenciado pelo fundamentalismo

processual contemporâneo. Iniciou-se um período ditatorial, com concentração dos poderes no Executivo.

Durante o “Estado Novo”, Vargas mostrou todo o seu autoritarismo e arbítrio. Vigorou no país o estado de emergência, sem tolerância à oposição política. O período foi cunhado como totalitário, ditatorial, conservador e reacionário. Esse autoritarismo era sufragado pelas elites industriais, banqueiros e grandes comerciantes. Um governo forte deveria controlar a população e uma das formas de controle foi o sistema criminal. A oposição foi neutralizada, inclusive com o emprego da força física. Direitos fundamentais, Estado de Direito, democracia, respeito à dignidade, reconhecimento do outro eram vistos como obra demoníaca e de comunistas e seus defensores eram tidos como inimigos do Estado, amigos da impunidade. Nesse ambiente é que foi gestado o CPP de 1941, à margem do Estado de Direito, alheio ao Estado Constitucional legítimo, em uma época em que predominou o comportamento político reacionário e conservador. Influências externas, além-mar forneciam a base teórica e ideológica ao proceder brasileiro.

No cenário europeu, após a Primeira Guerra Mundial, o desemprego, a miséria e a inflação propiciaram o nascimento de propostas totalitárias, apoiadas pela burguesia, receosa da implantação do regime socialista, como ocorrera na Rússia. A defesa foi a edificação de um Estado forte, capaz de vencer a crise econômica. Assim, o autoritarismo repressor ganhou adeptos e justificativas. Fortaleceu-se o poder totalitário europeu, com a crise americana de 1929. Dez anos mais tarde iniciou-se o expansionismo territorial, culminando com a Segunda Guerra Mundial.

A ideologia era impor a ordem e a disciplina na sociedade. A proposta de Mussolini, *El Duce*, o líder, aquele que conduz, era: “tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”. O fascismo não acreditava na paz, mas na guerra, no combate incessante, na luta, no jogo. O reflexo disso no Processo Penal foi e é representado pelo paradigma da necessidade de combater o acusado, a concepção de que o réu é inimigo do Estado, um inimigo da sociedade. Por isso, deve ser combatido. Guerra, combate, inimigo soavam como palavras de ordem. Nesse período, neutralizou-se o indivíduo (liberalismo) em face do Estado (fascismo).

O reflexo no processo penal foi a neutralização do imputado, em face do poder acusatório do Estado, a submissão do réu às necessidades do Estado e às necessidades do poder acusatório, persecutório e punitivo. Portanto, na esfera criminal, a neutralização ocorreu pela ideologia da funcionalidade repressora do sistema criminal, pela utilização do processo penal como braço do poder, como um prolongamento da força do Estado, do autoritarismo. Os direitos dos suspeitos, dos investigados, dos acusados foram colocados num segundo plano; nem sequer eram referidos, pois eram tidos como contrários à ordem constituída e à disciplina, em suma, um entrave ao desenvolvimento. O réu era visto como um inimigo do Estado e a defesa uma instituição contra o Estado e contra a sociedade. O acusado e sua defesa deveria colaborar com o Estado, serem submissos e

compreensivos. Potencializaram-se os danos com a persistência da adequação da teoria da relação jurídica ao processo penal.

Ao utilizar-se até a força física para neutralizar o inimigo, para manter a ordem e a disciplina, como admitir um processo penal democrático, um espaço de respeito aos direitos fundamentais?

A base popular à manutenção da força do Estado, no âmbito do sistema criminal, no processo penal, foi canalizada pela mídia. Com isso, implementou-se um forte decisionismo judicial, vinculado aos interesses midiáticos, da maioria, em detrimento dos excluídos do sistema de bem estar e, paradoxalmente, justamente os incluídos no sistema criminal, no processo penal.

O Estado, na concepção totalitária, exerce uma importante função pedagógica e educa. Isso foi transferido ao sistema criminal, na perspectiva de que o sujeito deve ser punido exemplarmente, para que se recupere e sirva de exemplo aos demais.

“Crer”, “combater” e “obedecer” eram princípios de Mussolini. Transferindo ao processo penal, verifica-se a crença de que todos os problemas serão solucionados pelo processo penal, no qual os agentes públicos fazem o bem. Por isso, os acusados e a defesa devem obedecer as ordens dos sujeitos oficiais (Juiz e Ministério Público). O inimigo do Estado, ou seja, aquele que pratica uma infração criminal, há de ser combatido, pois dela deve ser alijado, excluído e escondido atrás dos muros dos cárceres.

A ideologia totalitária pretendia construir um homem novo, segundo os paradigmas do partido, do Estado, do líder, ou seja, um ser solidário, obediente, disciplinado, sem possibilidades de discutir. O reflexo disso é a concepção de que o sistema criminal, o processo penal construirão esse homem novo, e com o encarceramento, sempre livre do pecado do crime. A lavagem das impurezas do crime, a purificação do mal ocorreria no interior do cárcere. Essa ideologia fascista estruturou o CPP italiano da década de 1930, refletiu no Brasil e na organização do sistema processual criminal brasileiro. Isso se pode observar na estrutura do CPP, nas modificações posteriores, na doutrina, na jurisprudência e na atuação dos sujeitos oficiais.

Essa estruturação político-ideológica traçou profundos sulcos no processo penal, produzindo um modelo de processo penal de estilo inquisitorial, cujas marcas são visíveis e serão analisadas no item seguinte.

3 Algumas marcas inquisitoriais

O imputado é tratado como um ser inferior, tanto no processo penal como fora dele, com potencialidade para corromper os “homens de bem”. Por isso, justifica-se, também, a pompa do ritual, representativo da aparência de que tudo está sendo feito corretamente, está organizado, que há ordem e disciplina. Na geometria das salas de audiências e sessões verifica-se a disputa por território de poder, mesmo que isso implique invasão da esfera funcional e de atribuições constitucionais de outros sujeitos.

O culto ao chefe, ao líder, guia infalível, lembra muito a genuflexão às súmulas, bem como as previsões regimentais de alguns tribunais de falar em pé quando se fala com um magistrado. O culto ao chefe, condutor, pastor, pacificador, ser superior, próximo dos deuses, nos leva a pensar sobre a apoteose mística da condução do processo e do que ocorre nas arenas do Tribunal do Júri.

A primeira marca a ser destacada é a ideologia da busca da verdade material no processo penal. Em nome dessa concepção, o CPP autoriza o juiz a agir *ex officio* na requisição de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP), na determinação da produção de provas (art. 156 do CPP), na inquirição de testemunhas (art. 209 do CPP), na decretação da prisão preventiva (art. 311 do CPP), na possibilidade de condenar o réu, mesmo diante de um pedido de absolvição do Estado-Acusador (art. 385 do CPP), a dar uma qualificação jurídica diversa da outorgada pela acusação, mesmo que o imputado não tenha se defendido (art. 383 do CPP), bem como a recorrer de ofício, mesmo que a acusação não tenha interposto o recurso cabível (arts. 574 e 746 do CPP).

Uma segunda marca é a prevalência da potestade punitiva sobre o *status libertatis*. Isso se observa na previsão de realização do interrogatório do acusado mesmo sem a presença de defensor, somente alterado em 2003 (Lei nº 10.792/2003), na ausência de obrigatoriedade da defesa prévia, somente modificado em 2008 (Lei nº 11.719/2008), na possibilidade de o recurso ser remetido ao órgão *ad quem* sem razões ou contrarrazões, situação ainda persistente no CPP (arts. 589 e 601), na manifestação obrigatória da acusação no segundo grau de jurisdição, sem cientificar-se a defesa para que pudesse exercer o contraditório.

Uma terceira marca emerge da presunção de culpa do sujeito, sem consideração de seu estado de inocência. Nessa perspectiva, o imputado já nasce culpado: é só escavar que o pecado será encontrado. Por isso, a prisão processual é a regra, e se for acusado é porque alguma infração cometeu e deve ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova. Caso esteja algemado ou com liberdade negada, a condenação assume percentuais elevados de condenação.

A quarta marca é a elevação do magistrado ao ápice da pirâmide, o protagonista, o condutor do sistema, do processo. Assim, justificam-se seus poderes instrutórios, seu agir *ex officio*. Tudo podendo no interior do processo, não se faz mister regular os meios e a metodologia da busca da prova, cuja debilidade é olímpica. Isso o regramento limitaria o poder de ação do magistrado. Verifica-se um “donismo” processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, a promotora é minha, a estagiária é minha, a escrivã é minha, o box é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado-Acusador e com os do Estado-Investigador. Quanto maior a pirâmide, mais próximo da divindade estará o que ocupa o seu ápice, mais força terá o gestor de todo sistema.

A quinta marca é a transformação do sujeito, pelo processo, em objeto de prova. Nessa perspectiva, o réu é objeto de prova, pode produzir provas autoincriminatórias,

possui o dever de provar a sua inocência, deve submeter-se ao processo como ser dócil e obediente, colaborar com o processo, com o juiz, com a sociedade e com o Estado.

A absorção dessa ideologia ocorreu no ensino, na doutrina, na jurisprudência, na política criminal, contaminando as condutas dos sujeitos oficiais. Observa-se uma doutrina vinculada à estrutura ideológica da década de 40, sem aderência à Constituição Federal e aos diplomas internacionais, indicada em várias faculdades e referenciada em várias decisões dos Tribunais. O ensino jurídico, compartimentado, reproduz o sentido, não o constrói de forma crítica. As decisões de primeiro grau buscam suporte na trajetória do pai (Tribunais) e as de segundo grau afastam-se da normatividade constitucional e convencional, ademais de produzir em série de decisões, comparáveis ao início da era industrial. A política criminal prima pela concepção da substituição das políticas públicas pelo sistema criminal, na perspectiva de que o aumento das penas e o encarceramento evitarão a criminalidade. O reflexo disso também está no paradoxo da impunidade em um país com mais de meio milhão de encarcerados e, destes, um elevado percentual é constituído por sujeitos que não concluíram o ensino fundamental.

4 Tentativas de reforma

4.1 Comissão Tornaghi (1961)

Em 1961, no Governo Jânio Quadros, foi criado o Serviço de Reformas de Códigos, através do Decreto nº 51.005, de 20 de julho de 1961, integrado por especialistas, com o intuito de apresentar projetos de reforma do Código Civil, Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, Lei das Contravenções Penais e de outros diplomas legais. O Decreto nº 1.490, de 8 de novembro de 1962, além de autorizar a contratação de especialistas pelo Serviço de Reformas, estabeleceu a criação de uma comissão com três membros, com o intuito de estudar os anteprojetos. Hélio Tornaghi foi um dos escolhidos, incumbindo-lhe a elaboração do anteprojeto de Código de Processo Penal. Este foi entregue ao ministro da Justiça João Mangabeira, em 1963, mas não chegou a ser encaminhado ao Poder Legislativo devido, também, à renúncia de Jânio Quadros e ao afastamento de seu sucessor, João Goulart. O projeto não obteve viabilidade, nem no governo seguinte, de Humberto Castelo Branco, apesar das gestões do então ministro da Justiça Milton Campos.²

4.2 Anteprojeto Frederico Marques (1967)

Através do Decreto nº 61.239, de 25 de agosto de 1967, foi criada uma Comissão de Coordenação e Revisão dos Códigos vigentes, com o objetivo de analisar os proje-

² V. PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal*. Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983, p. 169-170.

tos já elaborados, com prazo de conclusão de três anos. Aproveitaram-se os estudos e as propostas já existentes, com as modificações que foram sendo feitas, na divulgação dos projetos, com o intuito de angariar sugestões. A José Frederico Marques coube a matéria processual. Em face disso, apresentou um Anteprojeto de Modificação do Código de Processo Penal. O ministro da Justiça Alfredo Buzaid, em março de 1970, através da Portaria 32, designou José Frederico Marques, Benjamim Moraes Filho, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves para revisarem o anteprojeto apresentado pelo primeiro, agora presidente da Subcomissão Revisora de Anteprojeto de Código de Processo Penal. No dia 29 de junho do mesmo ano, o anteprojeto de Código de Processo Penal foi publicado no *Diário Oficial da União*. Consideradas e avaliadas as sugestões apresentadas, em 10 de maio de 1974 foi publicada uma nova versão do anteprojeto, revista pelos membros da subcomissão, tendo havido substituição de Salgado Martins por Hélio Tornaghi, em face de seu falecimento.³

O presidente Ernesto Geisel, através da Mensagem 159/1975, remeteu ao Congresso Nacional o anteprojeto Frederico Marques, o qual se converteu no Projeto de Lei nº 633/1975. Na Câmara dos Deputados o projeto recebeu 784 emendas, tendo sido publicado em suplemento do *Diário Oficial*, em 4 de novembro de 1977, o parecer do deputado Geraldo Freire, relator-geral da matéria. No ano seguinte (fevereiro de 1978), a proposta foi enviada ao Senado, mas logo retirada (Mensagem 179, de 30 de agosto de 1978), em face da revogação do CP de 1969 antes mesmo de sua vigência. A inegável relação do projeto de alteração do Código de Processo Penal com dispositivos do Código Penal de 1969, as dificuldades impostas ao sistema de administração da justiça pelo desenvolvimento da sociedade brasileira na década de 1970, a incorporação de elevado número de emendas aprovadas na Câmara dos Deputados e a promulgação da Lei nº 6.416/77, que modificava o sistema de penas, foram determinantes para a retirada do projeto de reforma da legislação processual penal.⁴ Mesmo assim, o deputado Sérgio Murilo apresentou “um novo projeto”, baseado no PL nº 633/1975 (com poucas modificações), à Câmara dos Deputados, o qual recebeu o nº 1.268/79, sem obter êxito.

Outra comissão, formada por Hélio Fonseca, consultor jurídico do Ministério da Justiça, Francisco de Assis Toledo, subprocurador-geral da República e Manoel Pimentel, da Universidade de São Paulo, foi constituída pelo ministro Ibrahim Abi-Ackel para examinar e apresentar sugestões ao Projeto de Lei nº 633/1975. Em razão das múltiplas sugestões apresentadas, foi constituída uma comissão revisora, coordenada por Francisco de Assis Toledo, a qual também era integrada pelo ministro Jorge Alberto Romeiro e pelos professores José Frederico Marques e Rogério Lauria Tucci, cujo trabalho culminou com o projeto de reforma apresentado ao Congresso Nacional em 1983.⁵

³ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 73, 1º.7.1983.

⁴ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 73, 1º.7.1983.

⁵ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 74, 1º.7.1983.

4.3 Projeto de reforma de 1983

Já no Governo Figueiredo, o ministro da Justiça Abi-Ackel retomou os estudos sobre a reforma do processo penal. Foi composta uma comissão por Rogério Lauria Tucci, Francisco de Assis Toledo e Hélio da Fonseca (Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça), a qual se dedicou a um extenso trabalho de pré-elaboração legislativa. Em face das inúmeras sugestões apresentadas, o projeto antes elaborado por José Frederico Marques foi reformulado por Rogério Lauria Tucci e Francisco de Assis Toledo, com revisão de José Frederico Marques e Aires da Matta Machado (revisão linguística), tendo sido publicado no *Diário Oficial da União*, de 27 de maio de 1981. Novamente foram colhidas várias centenas de sugestões e uma comissão revisora, composta por Francisco de Assis Toledo, José Frederico Marques, Jorge Alberto Romeiro e Rogério Lauria Tucci, ofereceu uma redação final ao projeto, o qual foi apresentado ao Congresso Nacional e tramitou sob o nº 1.655/1983, tendo recebido o nº 175/1984 no Senado. Em linhas gerais, o projeto mantinha grande parte do projeto Frederico Marques e acolhia várias das sugestões apresentadas durante dos intensos debates.

Da exposição de motivos nº 212, de 9 de maio de 1982 merecem destaque os seguintes pontos: (a) introdução de um procedimento sumariíssimo para processar e julgar as infrações de escassa entidade (contravenções penais e crimes cuja pena cominada não superasse um ano) e os delitos praticados na direção de veículo automotor, com recurso a um órgão colegiado formado por magistrados de primeira instância; (b) gravação das audiências, com o intuito de reduzir o tempo de duração desses atos jurisdicionais, reconhecida como *obsoleta* a prática de perguntas, reperguntas, respostas e ditados ao auxiliar do magistrado; (c) instituição de medidas alternativas à prisão processual, em simetria à Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, a qual previa a criação de penas alternativas à privativa de liberdade; (d) simplificação do procedimento do Tribunal do Júri, através da supressão do libelo, do recurso de protesto por novo júri e da simplificação dos quesitos; e (e) incremento da prisão preventiva em determinadas espécies de delitos (tráfico de entorpecentes, roubo, latrocínio, estupro etc.), com “o propósito de melhor aparelhar a Justiça Penal para o combate a estas modalidades mais graves de delinquência”.

Além dessas inovações, o projeto excluía do CPP o título referente à execução penal, por já constar a matéria em projeto próprio, o qual serviu de base à atual Lei nº 7.210/84 (LEP) denominando a conhecida “ação penal privada” de *ação penal de iniciativa privada*, abolindo a previsão de atuação espontânea do órgão jurisdicional para início do processo penal (então art. 5º do CPP). Nesse ponto, ao restituir ao MP a titularidade exclusiva da ação penal pública, o projeto determinava serem o MP e a autoridade policial os únicos destinatários da *notícia de infração criminal* e afastava o magistrado da condição de agente do Estado na *persecutio criminis*. O MP era reconhecido como *parte* no cenário processual, embora vinculado aos princípios da legalidade, da descoberta da verdade e da realização da justiça; uma parte *sui generis*, conforme doutrina de Carnelutti, que por isso estaria legitimado a impetrar *habeas corpus* e a recorrer em favor

do réu. O projeto ainda reconhecia a independência funcional entre polícia judiciária, Poder Judiciário e MP, e dedicava espaço específico ao direito de defesa, reconhecendo-o como consectário da garantia do contraditório, mas vedando o seu “exercício abusivo” e impondo ao acusado o dever de cooperação “para o regular desenvolvimento da *persecutio criminis*.” Em relação à situação pessoal dos acusados, o projeto atendia “às recomendações da moderna Política Criminal, no sentido de só utilizar a privação da liberdade quando essa medida se apresentasse como necessária e devidamente justificada”, estabelecendo por isso um rol de medidas cautelares alternativas à prisão e determinando que, mesmo condenado, o réu teria direito a recorrer em liberdade, excetuada as hipóteses de justificada prisão preventiva e de condenações pelo Tribunal do Júri, que se executavam imediatamente, “para o resguardo da soberania do Tribunal Popular”. Por fim, previa o recurso de agravo de instrumento para impugnar as decisões proferidas em primeira instância.⁶

O Projeto de reforma do Código de Processo Penal, apresentado pelo então ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, tramitou durante sete anos no Congresso Nacional, até ser retirado pelo Poder Executivo, em novembro de 1989.

4.4 Projeto Sálvio de Figueiredo (1992)

Em 1992, o ministro da Justiça Célio Borja encarregou o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, presidente da Escola Nacional da Magistratura, de presidir uma comissão de juristas, com o intuito de estudar e sugerir soluções à simplificação do processo civil e do processo penal. A Comissão era presidida pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro e secretariada pelo Dr. Sidney Agostinho Beneti. Também integravam a comissão: Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Nabor Areias de Bulhões, Francisco de Assis Toledo, Inocêncio Mártires Coelho, Luiz Carlos Fontes de Alencar (min. do STJ), Miguel Reale Júnior, Paulo José da Costa Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo (Portarias nºs 03 e 145). Já de início predominou, em razão das anteriores tentativas frustradas de reforma global, a orientação de que a reforma deveria ser pontual, com ênfase em pontos do CPP “que tivessem maior repercussão com o princípio constitucional do devido processo legal; com os deveres e as garantias das partes, além da simplificação e a eficiência dos procedimentos”.⁷ Apesar disso, a comissão tinha consciência da importância das fórmulas do *due process of law* no contexto de um processo moderno e dinâmico.⁸

⁶ V. ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos nº 212, de 9 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, seção I, suplemento, p. 74-81, 1º.7.1983.

⁷ V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (III). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.6.2008, “Direito e Justiça”.

⁸ V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (III). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.6.2008, “Direito e Justiça”.

Com a publicação dos anteprojetos de reforma, em junho do ano seguinte, foi constituída uma Comissão Revisora, através da Portaria nº 349, publicada no *Diário Oficial da União* de 17 de setembro de 1993, presidida pelo ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira, e composta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Nabor Bulhões, Aristides Junqueira de Alvarenga, Cid Flaquer Scartezini, Edson Freire O'Dwyer, José Barcelos de Souza, Fátima Nancy Andrichi, Luiz Carlos Fontes de Alencar, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Moreira de Oliveira, Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, e Weber Martins Baptista, bem como Luiz Flávio Gomes, representante do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Após várias reuniões plenárias e formação de grupos de trabalho, foi instituída uma Comissão de Sistematização, integrada pelos professores Antônio Magalhães Gomes Filho, Luiz Flávio Gomes e Rogério Lauria Tucci, cujo resultado foi a publicação, no *Diário Oficial da União* de 25.11.1994, de 16 anteprojetos modificativos do CPP, abrangendo o inquérito policial, procedimento ordinário, procedimentos sumário e sumaríssimo, suspensão condicional do processo, prova ilícita, prova pericial, prova testemunhal, defesa efetiva, citação por edital e suspensão condicional do processo, intimação, prisão e demais medidas restritivas, fiança, prisão temporária, agravo, embargos e Tribunal do Júri. A setorização dos projetos de reforma era uma estratégia para viabilizar a aprovação no Congresso Nacional, seguindo a lógica anteriormente aplicada à reforma do CPC. A Comissão procurou detectar os pontos de estrangulamento da então atual legislação, aproveitar ao máximo possível as normas já existentes e abandonar divergências meramente acadêmicas, com o objetivo de alcançar soluções ágeis e desburocratizantes, aptas a tornar efetiva a tutela jurisdicional penal.⁹

Entre as principais alterações apresentadas merecem destaque: (a) no procedimento ordinário: contraditório prévio ao recebimento da acusação, oralidade, imediação, concentração dos atos processuais e identidade física do juiz; (b) nos procedimentos sumário e sumaríssimo: instrução e interrogatório em audiência única; (c) no procedimento do Tribunal do Júri: supressão do libelo, saneamento do processo, alterações na forma de escolha e convocação dos jurados e da pauta de julgamento, modificações do desaforamento, acrescentando-se a hipótese de ausência de julgamento por excesso de trabalho, julgamento sem a presença do réu, com ampliação da garantia constitucional do silêncio e supressão do recurso de protesto por novo júri;¹⁰ (d) definição de infração penal de menor potencial ofensivo: contravenções penais e crimes cuja pena máxima não fosse superior a dois anos de detenção, com adoção do procedimento sumaríssimo, reparação dos danos ou suspensão condicional do processo em sua impossibilidade; (e) proteção da pessoa da vítima, com a fixação de um valor indenizatório mínimo, sem prejuízo da liquidação e execução da sentença penal condenatória; (f)

⁹ Em MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Proposta de Alteração do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica*, nº 212, ano XLIII, junho de 1995, p. 112-113.

¹⁰ DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (III). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.6.2008, "Direito e Justiça".

regulamentação das intimações dos advogados e defensores públicos; (g) introdução do agravo retido e deinstrumento, com efeito suspensivo, quando pudesse resultar dano de difícil reparação; (h) uniformização dos prazos dos embargos de declaração e dos infringentes, como os do processo civil; (i) suspensão do processo e do prazo prescricional na ausência do réu ou de constituição de defensor; (j) prosseguimento do processo sem a presença do réu quando, citado ou intimado pessoalmente, não comparecesse, e quando não comunicasse o novo endereço; (k) suspensão condicional do processo nas infrações cuja pena atribuída não fosse superior a dois anos e o réu preenchesse determinados requisitos de merecimento; (l)¹¹ dispensabilidade do inquérito policial nas infrações de menor potencial ofensivo; (m) modificações na Lei da Prisão Temporária, principalmente quando o delito envolvesse policiais; (n) aprimoramento do instituto da fiança; (o) separação obrigatória dos presos provisórios dos condenados definitivos; (p) introdução de medidas alternativas à prisão provisória; (q) cautelar de afastamento do funcionário do exercício de suas funções públicas, bem como a vedação de participação em licitações e contratos com a administração pública, empresas públicas e sociedades de economia mista, em determinados delitos; (r) necessidade de o magistrado manifestar-se, de forma fundamentada, acerca da prisão ou de outra medida restritiva, quando da pronúncia; (s) regulamentação da prova pericial e testemunhas, com inadmissibilidade da prova ilícita.

As propostas foram reunidas em seis projetos distintos e encaminhadas pelo ministro da Justiça Alexandre Dupeyrat Martins ao presidente Itamar Franco (exposições de motivos nºs 605, 606, 607, 608, 609 e 610 de 27 de dezembro de 1994) e remetidas, dois dias após, à Câmara dos Deputados. O PL nº 4.895/95 disciplinava o inquérito policial, mas foi retirado, em junho de 1996, em face da aprovação da Lei nº 9.099/95; o PL nº 4.896/95 tratava da ilicitude probatória e também foi retirado em janeiro de 1996; o PL nº 4.897/95 foi transformado na Lei nº 9.271/96, e alterado o art. 366 do CPP, acerca da suspensão do processo e do prazo prescricional na citação por edital, diante do não comparecimento do réu e nem da constituição de defensor; o PL nº 4.898/95 que tratava da prisão cautelar foi retirado pelo Poder Executivo, sob a alegação da necessidade de reexame da matéria; o PL nº 4.899/95 foi encaminhado ao Senado em janeiro de 1996, transformado em PLC nº 07/1996, mas foi retirado pelo Poder Executivo quatro meses depois; o PL nº 4.900/95 referente ao Tribunal do Júri foi retirado em 1996, através da Mensagem nº 97/1996, sob a justificativa de que o assunto havia sido objeto de análise

¹¹ Consta da Exposição de Motivos ao Projeto de Reforma que visava alterar o Capítulo VII do Título II do Livro II do CPP, que em alguns casos já no início do procedimento se vislumbrava a possibilidade de suspensão condicional da pena em caso de eventual condenação, ante a constatação das condições subjetivas do réu (primariedade e bons antecedentes), motivo pelo qual se afigurava razoável a presunção de que não tornaria a delinquir. Por isso, e porque admitida a concepção de que o processo foi criado em favor do acusado, “para permitir-lhe provar que não praticou o ilícito”, nessas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo e quando vislumbrada a possibilidade de suspensão condicional da pena o juiz poderia, ouvidas as partes, propor a suspensão condicional do processo por um a três anos. (Ministério da Justiça. Proposta de Alteração do Código de Processo Penal. *Revista Jurídica*, nº 212, ano XLIII, junho de 1995, p. 123-124).

no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, mormente acerca da eliminação do libelo e do recurso de protesto por novo júri, do julgamento sem a presença do réu e da ordem dos quesitos.

A retirada da maioria dos projetos influenciou, segundo Dotti, a renúncia do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.¹²

4.5 Comissão Grinover (1999)

Em janeiro de 2000 foi instituída, através da Portaria nº 61, pelo ministro da Justiça, uma nova comissão, sob a presidência de Ada Pellegrini Grinover, para apresentar propostas de reforma ao CPP, composta por Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Diante da demora nas reformas dos Códigos, a Comissão optou por uma reforma setorial do CPP, considerando o trabalho já desenvolvido pela Comissão Sálvio de Figueiredo Teixeira. A cada membro da Comissão tocou o estudo e elaboração de uma proposta específica: Ada Pellegrini Grinover – provas ilícitas; Antônio Magalhães Gomes Filho – investigação policial; Antônio Scarance Fernandes e Nizardo Carneiro Leão – prisão preventiva; Luiz Flávio Gomes – interrogatório; Petrônio Calmon Filho – procedimentos; Sidnei Beneti – recursos.

Os temas propostos à modificação foram aglutinados em várias propostas, as quais foram identificadas no Congresso Nacional sob oito projetos de lei. O Projeto de Lei nº 4.203/01 modificava o procedimento perante o Tribunal do Júri, tendo sido transformado na Lei nº 11.689/08. Dentre as principais inovações merecem destaque a abolição do protesto por novo júri e a reformulação do sistema de quesitos, iniciativa essa já desenhada no Anteprojeto Frederico Marques e acolhida por Dotti no intuito de simplificar as perguntas formuladas aos jurados e, com isso, por fim à denominada *usina de nulidades* desse procedimento especialíssimo.¹³ O Projeto de Lei nº 4.204/01 trata do interrogatório do réu e da defesa efetiva e segue em tramitação na Câmara dos Deputados.¹⁴ A matéria por ele proposta, no entanto, foi incluída na Lei nº 10.792/03, cujo projeto originário tramitava sob nº 5.073/01; o Projeto de Lei nº 4.205/01 tratava da prova e sua ilicitude, tendo sido transformado na Lei nº 11.690/08; o Projeto de Lei nº 4.206/01 altera o regramento dos recursos e das ações de impugnação, tendo sido

¹² V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (I). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 29.06.2008, “Direito e Justiça”.

¹³ V. DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático Tribunal do Júri (V a IX). *O Estado do Paraná*, Curitiba, 13.07.2008 a 10.08.2008, “Direito e Justiça”.

¹⁴ Conforme informação divulgada no site da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) em 27.05.2014, por meio do serviço de consultas de tramitação das proposições legislativas, a ele foi apensado recentemente, em 28.05.2012, o Projeto de Lei nº 3.857/2012, que dispõe sobre a gravação do interrogatório realizado no inquérito policial, não tendo sido apreciado em três sessões de 2014, em face do encerramento da sessão.

enviado ao Senado Federal em 27.2.2009; o PL nº 4.207/01 acerca dos procedimentos, da *emendatio e mutatio libelli* e da suspensão condicional do processo foi transformado na Lei nº 11.719/08, tendo recebido alguns vetos; o Projeto de Lei nº 4.208/01 acerca da prisão e das medidas cautelares alternativas foi transformado na Lei nº 12.403/11; o Projeto de Lei nº 4.209/01 refere-se à investigação criminal, tendo sido enviado ao Senado Federal em 19.12.2008; e o Projeto de Lei nº 4.210/01, acerca da prisão especial, foi transformado na Lei nº 10.258/01.

Portanto, ainda tramitam no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.206/01, referente aos recursos e às ações autônomas de impugnação, o Projeto de Lei nº 4.209/01, referente à investigação criminal, e o Projeto de Lei nº 4.204/01, referente ao interrogatório e à efetividade do direito de defesa, embora a matéria objeto desse último tenha sido incluída na Lei nº 10.792/03.

4.6 Projeto 156 do Senado da República

A política de reformas parciais do Código de Processo Penal, adotada pela Comissão Sálvio de Figueiredo e posteriormente seguida pela Comissão Pellegrini Grinover, se por um lado facilitou a aprovação de alguns dos projetos de lei resultantes dos trabalhos das comissões, por outro lado gerou um emaranhado legislativo em matéria processual penal que culminou por retirar a coerência sistêmica inerente à concepção de Código. Diante dessa realidade, o Presidente do Senado Federal, José Sarney, nomeou uma comissão de juristas à qual foi atribuída a tarefa de elaborar um projeto de reforma global do CPP, Presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Hamilton Carvalhido, a comissão era composta por Antonio Correa, Antônio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral. Os trabalhos se pautaram na premissa da superação definitiva do atual CPP, por questões históricas, teóricas e práticas.¹⁵

Após várias audiências públicas, encontros e debates, foi elaborado um anteprojeto e encaminhado ao Senado, onde recebeu o nº 156/2009 (PL 156). Sua exposição de motivos enfatiza a incompatibilidade manifesta e inquestionável entre os modelos normativos do CPP de 1941 e da CF de 1988, essencialmente em razão de que a “configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional”, apontando como referência a concepção de que as *garantias* e *favores* são tidos como sinônimos e motivos da defeituosa e retardatária repressão à criminalidade.

Entre as principais inovações, há que ser destacada a expressa referência à estrutura acusatória do processo e a vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação, no

¹⁵ V. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, apresentada pela referida Comissão ao Senado Federal em 2009. Disponível em: <www.senado.gov.br>.

intuito de “preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes”, reconhecendo, na função jurisdicional, a importante missão de zelar pelas liberdades individuais, e não pela qualidade da investigação. Contudo, foram mantidos os poderes de atuação *ex officio* do magistrado uma vez iniciado o processo e provocada a jurisdição. Um dos pontos mais polêmicos foi a introdução do instituto do *juiz das garantias*, com competência para atuar especificamente na fase preliminar do processo penal, como *garante* dos direitos individuais dos investigados, controlador da legalidade da *persecutio criminis*. O projeto fixa um prazo máximo de 90 dias à conclusão da investigação, em caso de suspeito solto, com possibilidade de prorrogação por até 720 dias e previsão de arquivamento do inquérito. No que tange à ação processual penal, as hipóteses de iniciativa privada é substituída pela iniciativa do MP, mediante representação. Também, se observa um incremento de da composição civil na esfera criminal, como forma de evitar toda a dimensão do processo penal, nos delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, atribuindo-lhe o efeito extintivo da punibilidade. Prevê o PL nº 156 o instituto da adesão civil da vítima ao processo, reconhecendo o seu interesse na sentença penal condenatória e a possibilidade de arbitramento de indenização por danos morais.

Também podemos sublinhar os seguintes pontos do PL nº 156: (a) a abertura do rol de hipóteses de suspeição do julgador; (b) o reconhecimento do direito à defesa técnica efetiva, exigindo-se manifestação fundamentada do defensor em todas as oportunidades do processo; (c) o reconhecimento do interrogatório como meio de defesa e o consequente adiamento do interrogatório policial quando, por ocasião do auto de prisão em flagrante, “não se puder contar com a assistência de advogado ou defensor público no local”; (d) a possibilidade de deslocamento da competência, mediante requerimento do Procurador-Geral da República, ao Superior Tribunal de Justiça, em casos de grave violação de direitos humanos; (e) a possibilidade de ser aplicada imediatamente, no procedimento sumário, a pena mínima ou reduzida nos delitos cuja pena máxima seja igual ou inferior a 8 anos, quando confesso o réu e ajustada a sanção entre acusação e defesa, em atenção às exigências de celeridade e efetividade do processo; (f) a simplificação dos quesitos no procedimento do júri; (g) a sistematização do sistema recursal, com a criação do agravo de instrumento para atacar as interlocutórias previstas em lei e restrição dos embargos infringentes; (h) a limitação do *habeas corpus* às hipóteses de prisão ou iminência de restrição da liberdade; (i) a possibilidade de provimento judicial monocrático quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF, do STJ ou do próprio tribunal onde estiver o recurso; (j) a iniciativa probatória das partes, sendo permitido ao juiz apenas a determinação subsidiária de diligências para esclarecer dúvida sobre as provas produzidas pelas partes.

No que tange às medidas cautelares, a comissão tomou como norte quatro diretrizes: (a) observância do princípio constitucional da não culpabilidade; (b) com-

preensão do processo cautelar nos limites da estrutura básica do modelo acusatório; (c) observância do princípio da proporcionalidade; (d) a observância do princípio da razoável duração do processo. Com isso, foi instituído um rol de medidas alternativas à prisão preventiva, revitalizado o instituto da fiança, vedadas as cautelares inominadas e proibida a imposição de medida cautelar mais grave que a pena a ser imposta em caso de eventual condenação. Dezesesseis cautelares pessoais alternativas foram reguladas: prisão provisória; fiança; recolhimento domiciliar; monitoramento eletrônico; suspensão do exercício de profissão, atividade econômica ou função pública; suspensão das atividades de pessoa jurídica; proibição de frequentar determinados lugares; suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; proibição de ausentar-se da comarca ou do país; comparecimento periódico em juízo; proibição de se aproximar ou manter contato com pessoa determinada; suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; suspensão do poder familiar; bloqueio de endereço eletrônico na internet; liberdade provisória.

O anteprojeto elaborado pela comissão de juristas foi apresentado ao Senado em 2009 e passou pela revisão de uma Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, coordenada pelo senador Renato Casagrande. O projeto recebeu várias sugestões de associações de classe e instituições e dos próprios parlamentares, tendo o relator apresentado ao Plenário do Senado Federal um substitutivo com algumas modificações. Entre elas, por exemplo, foi a retomada do controle do juiz sobre o arquivamento do inquérito policial que, no anteprojeto havia sido atribuído ao próprio Ministério Público, bem como o retorno do número de sete jurados integrantes do conselho de sentença no procedimento do Tribunal do Júri que, no anteprojeto havia sido definido em oito, a fim de garantir a maioria absoluta para os casos de condenação. Em 8 de dezembro de 2010 o substitutivo foi submetido à votação e aprovado no Plenário do Senado Federal, tendo sido encaminhado à Câmara dos Deputados para deliberação no mesmo ano, onde recebeu o número 8.045/10 (PL nº 8.045/10). Foi determinada a criação de uma Comissão Especial para analisá-lo.

Ainda, em 2010 foi apresentado, na Câmara dos Deputados, pelo parlamentar Miro Teixeira, um Projeto de Lei tendente à reforma global do CPP, o qual recebeu o nº 7.987/10 e foi apensado ao PL nº 8.045/10, por versarem sobre o mesmo tema. Em suma, o PL nº 7.987/10 segue a mesma linha do PL nº 156/09, com algumas modificações, das quais merecem destaque: (a) a ampliação da vedação da atuação de ofício do juiz para qualquer fase do procedimento; (b) a vedação expressa da investigação pelo Ministério Público; (c) a substituição do título do Capítulo II do Código, de *juiz das garantias* para *atividade jurisdicional no curso da investigação criminal*, mantendo, no entanto, o conteúdo da regulamentação da atividade do juiz na fase investigatória como disciplinado no PLS nº 156/09; (d) a ausência de um prazo limite à conclusão das investigações preliminares; (e) a manutenção da decisão sobre o arquivamento do inquérito policial no âmbito do Ministério Público, com a possibilidade de recurso do ofendido à instância

competente da própria instituição; (f) a retirada do instituto da adesão civil da vítima; (g) a retomada do sistema de quesitação no procedimento do júri regulado pela Lei nº 11.689/08; e (h) a retirada da possibilidade de aplicação de pena antecipada e reduzida, quando negociada pelas partes e confesso o réu.

No ano de 2011, no entanto, foi aprovada a Lei nº 12.403/11, que tem na sua origem o Projeto de Lei nº 4.208/01, elaborado pela Comissão Grinover, cujo conteúdo versa sobre as medidas cautelares pessoais, estabelecendo um leque de medidas alternativas à prisão, dando nova configuração ao flagrante e à prisão preventiva.

Na Câmara dos deputados, o Projeto nº 8.045/10 aguarda a constituição da Comissão Temporária da Mesa.¹⁶

5 Críticas as denominadas reformas parciais de 2008

As ditas reformas do processo penal de 2008, apesar da fragmentação e de algumas fissuras provocadas, mantiveram a base epistemológica da década de 1940, com frágeis interrogantes constitucionais. Alguns padrões de conexão com a Constituição Federal e com os diplomas internacionais humanitários, em razão de sua debilidade, desaparecem nas forças de cooptação e das exigências diáticas de resposta polícial e penológica severa. Foi mantida a falta de conectividade entre as próprias partes lançadas no mundo da existência processual. O exigir de um todo padronizado, mecânico, de conveniência e utilidades presentes, cede, a largas passadas, diante da necessidade de uma clara e objetiva dinamicidade, mas orgânica, funcional e sistêmica, para todos e não só para os eleitos (excluídos do sistema criminal). A dinamicidade da sociedade produz situações que buscam soluções na organização política e jurídica do Estado, aquele que fixa as regras, mas que, na *law in action*, recebem uma carga para além de seus criadores. A pena criminal tem aplicação exclusiva no processo penal, conduzido por um órgão oficial, cujos mecanismos, segundo a política criminal oficial, devem dar uma resposta rápida, utilitária e eficiente à criminalidade, pois é tida como a única via à solução da problemática brasileira. O aumento da criminalização de condutas e o da criminalidade estão esgotando a capacidade do processo penal. As arcaicas estruturas permanecem incólumes, numa aparência de funcionalidade e com poucos interrogantes. As soluções apresentadas, mesmo no início do milênio, situaram-se na superficialidade digitalizada da aceleração e da quantidade (política de metas), na doce ilusão de que, quanto mais respostas, mais soluções existirão.

As tentativas de situar o processo penal brasileiro no plano constitucional e humanitário fracassaram de forma olímpica. Um processo penal com bases constitucionais e humanitárias desvincula-se da unicidade processual, ou seja, de uma teoria geral para todos os ramos do processo, prioriza o substancialismo constitucional e os diplomas internacionais protetivos dos direitos humanos.

¹⁶ Ver: <www.camara.org.br>. Acesso em: 27 maio 2014.

O modelo ideológico que serviu de base ao processo penal da década de quarenta, praticamente, manteve-se intacto. Isso se observa na autorização legal de o magistrado determinar a prova, independentemente de pedido dos sujeitos processuais (art. 156 do CPP), inclusive antes de iniciada a ação processual penal (inciso I). Dessa forma, potencializou-se o poder instrutório do julgador no que tange ao que dispunha o artigo 156 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, na medida em que se facultou ao magistrado agir de ofício, mesmo antes de formalizada a pretensão acusatória pelo Ministério Público. Potencializou-se, também, a valorização dos elementos colhidos sem o contraditório, pois o artigo 157 do Código de Processo Penal não autorizava o magistrado a utilizar os elementos colhidos na fase investigatória (referia que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova). Sabe-se que, na *law in action*, esses elementos, mesmo quando eram colhidos sem o contraditório (portanto, não eram provas), recebiam consideração valorativa. Porém, o legislador de 2008, no artigo 156 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei nº 11.690/08), expressamente autoriza, mesmo que subsidiariamente, a fundamentação da decisão judicial nos elementos informativos colhidos na investigação. Portanto, a política criminal, além de manter o perfil inquisitorial (atuação de ofício durante a instrução), o potencializou (atuação de ofício na fase investigatória e na instrução).¹⁷

Permanece a redação do *caput* do artigo 157 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz formará sua convicção pela livre, nem tão livre, apreciação da prova. Entretanto, a redação do atual artigo 155 do Código de Processo Penal contamina a avaliação da prova pela consideração de elementos colhidos sem o contraditório, embora o início da redação considere como prova o que foi produzido sob o crivo do contraditório judicial.

Não havia disposição no Código de Processo Penal acerca da ilicitude probatória. Porém, o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal já era claro (são inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos). Não há nenhum avanço legislativo em temas de licitude ou ilicitude probatória, salvo a determinação de inutilização da prova ilícita. Tímido avanço, comparado com a expressa admissibilidade parcial da prova ilícita por derivação e pela contaminação gerada no processo pelo arsenal da ilicitude, somente extirpado do processo quando preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível. Ademais, o magistrado continuará no processo, diante do veto ao § 4º do artigo 157 do Código de Processo Penal (o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão).

Reduziu-se o espectro de garantias da prova pericial. Os exames de corpo de delito e as perícias, conforme artigo 159 do Código de Processo Penal, eram realizados por dois peritos oficiais. Embora a redação atual do referido dispositivo tenha passado a exigir

¹⁷ A falta de motivação própria, ocorrida por meio de transcrições de pareceres da acusação, ou mesmo de decisões anteriores, sem outras considerações, maculam a garantia constitucional da motivação de todos os atos judiciais. A própria sistemática da disposição ritualística das sessões, encontra-se fora da compreensão dos papéis de cada sujeito envolvido no julgamento.

dos peritos oficiais o diploma de curso superior, admite a perícia realizada por somente um perito oficial. No que tange aos peritos não oficiais, o parágrafo 1º do artigo 159 do Código de Processo Penal, não exige diplomação na área específica (preferencialmente), embora devam ter habilitação técnica nesta.

A nova redação do artigo 201 do CPP incrementou o ativismo do ofendido no processo penal, com nítida mostra do expansionismo do Direito Penal e do Processo Penal na política criminal,¹⁸ revelado também no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal (o juiz, ao proferir sentença condenatória: fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido). A possibilidade de a vítima ser reparada no âmbito criminal pode receber justificativa nas infrações penais de menor potencial ofensivo, em que essa reparação evita o exercício da ação processual penal, a incidência do *ius puniendi*, mas não como forma de incrementar o polo acusatório. Ocorre que a reforma potencializa o desequilíbrio do processo penal, contrariamente à defesa, pois a comunicação à vítima dos atos processuais, sem que tenha se habilitado no processo, possibilita que constitua advogado e se habilite no processo, atuando no polo acusatório. Fixar uma indenização com base em quê? Haverá busca da prova nesse sentido, desvirtuando a função do processo penal. Ademais, o artigo 201 do Código de Processo Penal determina a reserva de um espaço separado à vítima (§ 4º), seu encaminhamento para atendimento multidisciplinar, especialmente psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (§ 5º), bem como a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem (§ 6º), sem reconhecer igual tratamento ao acusado.

Embora o Código de Processo Penal esteja se afastando do medievalismo metodológico da busca da prova, com a admissibilidade do *cross examination* (perguntas diretas das partes às testemunhas)¹⁹ e da adoção do auxílio de novas tecnologias (videoconferência) esse distanciamento não foi tão representativo, na medida em que o artigo 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal autoriza ao magistrado a complementação da inquirição. Além disso, não vem acompanhado de medidas protetivas dos direitos fundamentais do imputado. No que tange ao *cross examination*, há o perigo da desvirtuação subjetiva no momento dos questionamentos diretos do Ministério Público e da defesa

¹⁸ V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999, p. 36-43. A crescente demanda processual sepulta a necessária discussão dialética de todos os casos, havendo necessidade de redimensionamento do segundo grau jurisdicional, com repensar dos julgamentos coletivos, cada vez mais raros (uma das teses possíveis é julgar em segundo grau com um, dois, três, dependendo da gravidade e complexidade do caso, por exemplo).

¹⁹ V. TONINI, Paolo. *La prova penale*. Milão: Cedan, 2000, p. 130-137, acerca das várias modalidades do denominado exame cruzado, "*esame incrociato*", o qual se origina na prática secular oriunda dos ordenamentos jurídicos anglo-americanos. Este exame cruzado apresenta três modalidades: exame direto, contraexame e reexame. No primeiro, a parte que arrolou a testemunha é quem formula as perguntas; no contraexame, a outra parte tem a faculdade de perguntar e no reexame a parte que primeiro perguntou poderá formular novas perguntas. Em nosso modelo, não há previsão de novas perguntas à testemunha, embora isso não seja vedado. O importante é a manutenção de iguais oportunidades às partes.

às testemunhas, motivo por que se faz necessária a filtragem judicial (inadmissibilidade das perguntas sugestivas e indutoras das respostas, perguntas que não interessarem aos fatos e circunstâncias do processo, mas somente à curiosidade do interrogante, *v. g.*). Nada se questiona acerca das vantagens de ser feito o relato livre da testemunha, antes das perguntas das partes.

Além da relação poder-saber (Foucault), a dinâmica no processo penal se estabelece na bipolarização entre a força exercida à incidência da potestade punitiva e a resistência à manutenção da presunção de inocência, do *status libertatis*. Nessa verdadeira dinâmica processual, interferem sobremaneira as estratégias das partes, sem olvidar o fator sorte (sorteio dos jurados, da vara criminal, da câmara criminal, da turma recursal, do relator, *v. g.*). O poder de acusar do Estado, atribuído ao Ministério Público (art. 129, I, CF), se consubstancia na dedução de uma acusação, direcionada à aplicação de sanções criminais, no âmbito de um processo penal estatal. Por isso, o poder de aplicar as sanções criminais o Estado outorga ao magistrado, com exclusividade. A resistência processual penal se dá pela defesa técnica obrigatória, bem como pela defesa pessoal facultativa (interrogatório, interposição de recurso, *v. g.*). A preservação de iguais oportunidades e a manutenção desse dinamismo processual dentro da esfera da constitucionalidade é tarefa do magistrado. Tudo isso se desenvolve dentro de uma ritualística processual.

No que tange à ritualística processual, percebeu-se o claro surgimento de verdadeiras fórmulas mágicas para solucionar a morosidade dos processos: audiência única, identidade física do juiz, engessamento temporal, supressão de recursos, simplificação superficial, acopladas sobre uma estrutura arcaica, de baixa potencialidade constitucional, ambientadas na década de 1940. Nessa perspectiva, o mito da aceleração do processo e das respostas processuais, sempre prontas, determinadas e acabadas em um único direcionamento, situaram-se na ingenuidade da existência de uma única perspectiva da velocidade do tempo, olvidando a mutabilidade constante e a transição permanente. A busca da padronização em rede dos procedimentos não se alheou ao fenômeno da superposição (aplicação dos artigos 395, 396 e 397 a todos os procedimentos de primeiro grau), da justaposição e da junção dos opostos. O dito “novo” foi o resultado da reciclagem, com manutenção da perspectiva mecanicista, de uma razão, de uma resposta e do monólogo científico e hermético, reduzido e fechado em si mesmo, sem comunicação com outros saberes, distante de uma possível integração e de multiplicidade de relacionamentos endo e extraprocessuais. Com isso, potencializaram-se o risco e a insegurança no âmbito do processo penal.

As novas perspectivas exigem rompimento com o entulho autoritário e repressivo, historicamente herdado, e imersão do processo penal na complexidade contemporânea. As pretendidas reformas mantiveram a estrutura inquisitória da década de quarenta: a valoração subsidiária dos atos de investigação, o incremento da atuação *ex officio*, a admissibilidade da perícia com um só perito, a potencialização da vítima no processo penal, a deficiente regramento dos quesitos no tribunal do júri, a superposição de procedimentos criminais, a citação por hora certa, contrária à Convenção Americana dos Direitos Humanos.

6 Considerações finais

O Código de Processo Penal, concebido na década de 1940, tem perfil essencialmente inquisitorial, marcadamente no que tange à prova e na atuação do magistrado. Alguns meios de prova e certos meios de busca da prova foram regulamentados e algumas leis esparsas regulam outros meios de busca de elementos probatórios, tais como as interceptações de comunicações, de dados informáticos e telemáticos, captação e interceptação ambiental, infiltração de agentes, por exemplo. A ausência de um regramento claro de toda a sistemática probatória, mormente dos meios de prova e dos limites impostos à sua admissibilidade, é um fenômeno típico do modelo inquisitorial de processo ou de um paradigma com forte tendência inquisitorial. Por outro lado, no modelo acusatório de processo, a prova recebe uma objetiva e completa regulamentação. Não é o que se observa do Código de Processo Penal brasileiro da década de quarenta; tampouco isso se pode inferir das leis que, de forma assimétrica, prevêm alguns meios diferenciados para colher a prova. A falta de uma consistente regulamentação advém do perfil inquisitorial que sustenta o nosso Código de Processo penal e toda a legislação engendrada posteriormente.

No processamento ao estilo inquisitório, anunciado no IV Concílio de Latrão, apresentado organicamente na primeira metade do século XIII, cujo apogeu é alcançado com a Ordenança Francesa de 1679 (segredo, ausência de contraditório, passividade do imputado – quem está obrigado a falar –, confissões sob tortura, atuação *ex officio* do juiz, mormente na busca da prova), o magistrado, comprometido ideologicamente, de expectador impassível, segundo Cordero, “se converte em protagonista do sistema”, em órgão militante, ator, em inquisidor a elaborar “hipóteses paranóides”, e “combate potências maléficas, em uma cruzada cotidiana”, sendo “mérito seu que o mundo termine devorado pelo demônio”. Nessa perspectiva, o acusado é um ser que nasce culpado e deve ser explorado a fundo, devendo confessar. Basta escavar em algum lugar para que aflore o mal, nele contido.

Nesse modelo inquisitorial, o juiz é senhor o todo poderoso, representante divino ou dos aristocratas e monarcas contemporâneos, um ser intocável, insuspeito, ungido contra qualquer voz crítica, um ser acima dos demais agentes processuais, com mais poderes, inclusive probatórios, que as próprias partes. Por isso, há justificativa, nesse modelo, para que o mesmo sujeito seja magistrado, acusador e defensor, concomitantemente. Assim, mesmo sem pedido das partes, pode ouvir testemunhas, decretar prisões sem provocação, determinar meios de prova e modificar a metodologia probatória proposta pelas partes e até recorrer em nome da acusação (mesmo que veladamente e em nome da lei), de sua própria decisão (recursos *ex officio*).

Nessa senda, o julgador busca e, ao mesmo tempo, valora o meio de prova e a metodologia da busca dessa prova, como lícitas; atua ativamente na busca da prova e depois a processa valorativamente. Como, nesse modelo inquisitorial, avaliar negativamente o resultado, a prova em si, posteriormente, no momento da decisão? Só assim, para esse

sistema, chega-se à “verdade” e, indo além, atingindo-se a “verdade material” (mesmo com a tortura, no modelo inquisitivo, pois era o meio clássico de “arrancar a verdade”), contra a natureza e a realidade das coisas do mundo humano, por isso, imperfeito. Então, por que regulamentar as questões referentes à prova? É o magistrado quem determina as regras! Quanto menos regras, menos limites à atuação Estatal. Regulamentar significaria delimitar os poderes das partes e do Estado-Juiz; significa filtrar condenações a qualquer preço, preconcebidas e tidas como necessárias por algumas concepções de atuação ilimitadas dos agentes oficiais.

O atual Código de Processo Penal recebeu nítida influência do Código de Processo Italiano de 1930, o qual foi gestado por Vincenzo Manzini, “penalista casuísta, raivosamente partidário da tradição inquisitorial italiana”, cujas objeções foram defendidas pelo Ministro Alfredo Rocco, “de tendência nacionalista, hábil jurista, cultivador de uma filosofia política simples, com fundo paranóide, além de ser artífice legal da incipiente ditadura”. Os trabalhos preparatórios concebiam o debate contraditório e as garantias como “animais selvagens que deveriam ser destruídos sem piedade”. O referido Código Rocco, assim denominado, era dotado de um invejável “espírito reacionário”, onde o Ministério Público era um “*medium* do Poder Executivo”, “equiparado ao juiz”, e a defesa, em nome do segredo, como regra, era considerada supérflua. Os acusados, nesse modelo, são presumidamente culpados e sobre eles recai a regra da prisão, cuja detenção preventiva é indefinida; desaparecem as nulidades absolutas (o silêncio do interessado sana toda nulidade), os recursos são obstaculizados por disposições taxativas, inclusive quando o acusado se oculta ou foge. Segundo Cordero, Manzini e Rocco “trabalharam muito bem”. Somente em 1955 é que o legislador pós-fascista reassumiu algumas garantias, tais como o prazo máximo da prisão preventiva, defesa instrutória, nulidades absolutas. Desenvolveu-se uma “linha inquisitorial com garantias”, um “ambíguo garantismo inquisitório”, um “corpo com duas cabeças”, sem alteração das estruturas, o que se denominou de processo misto, com um estilo inquisitorial na investigação, a qual é valorada na fase judicial (instrução secreta e debate contraditório).

7 Consultas

ABI-ACKEL, Ibrahim. Exposição de Motivos n. 212, de 09 de maio de 1983. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 1º de julho de 1983, seção I, suplemento, p. 73-81.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal em Europa y América ¿Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. Torino: Utet, 2007.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

- CORDERO, Franco. *Ideologie del processo penale*. Milão: Giuffrè, 1966.
- _____. *Criminalia*. Nascita dei sistemi penali. Roma: Laterza, 1986.
- _____. *Che cos'è la giustizia?* Roma: Luca Sossella editore, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel no novo juiz no processo penal. In: _____. (Org.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3 a 55.
- DOTTI, René Ariel. Um novo e democrático tribunal do júri. *Paraná Online: Direito e Justiça*, 15 de junho de 2008. Disponível em: <www.parana-online.com.br>.
- GARLATI, Loredana (org.). *L'inconscio inquisitorio*. La heredità del código rocco nella cultura processual penalística italiana. Milão: Giuffrè, 2010.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. *O devido processo penal. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Salvador: JusPodium, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anteprojeto de lei de reforma do Código de Processo Penal*: entregues ao Ministério da Justiça em 6 de dezembro de 2000. Disponível em: <www.tj.ro.gov.br>.
- LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale*. Napoles: Jovene, 1961. t. 1.
- LOPES JR. Aury. *Processo penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARQUES, José Frederico 1997. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Book-seller. v. 1.
- MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001.
- MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thomson/Civitas, 2008.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal*. Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal, conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Código de Processo penal: proposta de alterações. *Revista Jurídica Mineira*, Belo Horizonte, v. 11, nº 110, p. 7-10, nov./dez. de 1994.

Como citar este artigo:

KHALED JR., Salah H. A produção analógica da verdade no processo penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>

A PRODUÇÃO ANALÓGICA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL: DESVELANDO A RECONSTRUÇÃO NARRATIVA DOS RASTROS DO PASSADO¹

Salah H. Khaled Jr.²

<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.9>

Resumo

Este artigo pretende discutir o regime da verdade do processo penal, problematizando o conceito de verdade correspondente (real, material, substancial e relativa) a partir de uma epistemologia da passividade, que procura atentar para a complexidade do tempo escoado que é o referencial cognitivo do processo penal: o conhecimento sobre o passado é construído a partir de rastros, conformando uma verdade analógica que é produzida narrativamente. Com isso, visa o rompimento do paradigma da verdade correspondente utilizada como sustentáculo da busca pela verdade real pelo juiz, resultando o famigerado ativismo judicial, maculando a estrutura acusatória do devido processo legal. A análise pretende superar o isolationismo do discurso jurídico, atualmente deficitário diante dos novos paradigmas dos discursos dos demais campos do saber.

Palavras-chave: Processo Penal. Verdade Correspondente. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This article intends to discuss the regime of the truth on the criminal procedure, questioning the concept of corresponding truth (real, material,

¹ Esclarecemos que o presente artigo discute de forma sintética o tema de nossa obra *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*, publicada pela Editora Atlas, remetendo o leitor para uma melhor compreensão das questões aqui tratadas, a partir de um diálogo multidisciplinar com a dogmática processual penal internacional clássica e contemporânea.

² Professor adjunto de Direito penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor permanente do mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Licenciado em História (FAPA). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq).

substantial and relative) from the passeidade epistemology, which seeks to attempt to the complexity of runoff time which is the cognitive referential of criminal procedure: the knowledge about the past is built from the trail, analog forming one truth that is produced narratively. It face the disruption of the corresponding truth paradigm used as the base for the seek of real truth by the judge, resulting a judicial activism, blemishing the accusatory structure of due process of law. The analyses intend to overcome the isolationism of the legal discourse, currently deficit of the discourse paradigms of the other camps of knowledge.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Corresponding Truth. Judicial Activism.

Introdução

Não há dúvida de que ainda há muito a discutir no que diz respeito à questão da verdade no processo penal, principalmente em função dos inúmeros abusos que se tornam possíveis através do recurso ao artifício discursivo da verdade correspondente e à suposta aptidão do juiz para buscar e supostamente encontrar a verdade. Não é por acaso que Ferrajoli afirma que “sem uma adequada teoria da verdade, da verificabilidade e da verificação processual, toda a construção do direito penal do iluminismo [...] termina apoiada na areia; resulta desqualificada, enquanto puramente ideológicas as funções políticas e civis a ela associadas”.³ Ao discutir a questão, Ferrajoli efetivamente deu um passo além do que tradicionalmente é tido como uma verdade real apreensível pelos meios que o processo disponibiliza, mas infelizmente foi incapaz de romper com o limite discursivo da verdade correspondente. O mesmo pode ser dito de Taruffo, que preso aos parâmetros do racionalismo moderno, também permaneceu vinculado à mesma estrutura de pensamento: um critério de verdade correspondente, ainda que de forma madura e não ingênua, como proposto pelo autor, não basta para promover o urgente e necessário rompimento discursivo.⁴ Em última análise, tanto Ferrajoli quanto Taruffo assumem o modelo de verdade como correspondência, ainda que aproximada e relativa; não rompem com a racionalidade de uma violenta *ambição de verdade*, apenas a matizam, o que é insuficiente para a concretização de uma estrutura acusatória de contenção regrada do poder punitivo. Em outras palavras, o argumento da verdade correspondente relativa permanece sendo utilizado para sustentar a busca da verdade pelo juiz, conformando um inaceitável ativismo judicial, que rompe com a estrutura acusatória do devido processo legal, autorizando a busca da condenação a qualquer custo.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 39.

⁴ TARUFFO, Michelle. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 95.

O objetivo deste artigo consiste em apresentar as bases iniciais do que chamamos de *epistemologia da posseidade*. Trata-se de uma epistemologia que procura atentar para a complexidade do real, rompendo com os limites discursivos que caracterizam as epistemologias processuais obcecadas pela *busca da verdade*. Nesse sentido, é movida por uma intenção de renúncia à característica mais marcante da maquinaria inquisitória: a violência conceitual que renega a complexidade das coisas em nome da persecução desmedida que conforma o critério reitor do sistema. A relação entre o processo penal e os eventos da vida é extremamente complexa: está para além da lógica de resolução da realidade pelo poder cognitivo do sujeito do conhecimento. Os “fatos” não são “evidentes” por si mesmos. O real é resistência: não se curva aos poderes metodológicos do homem racional.

A proposta de trabalho aqui apresentada procura romper com o isolamento do discurso jurídico, inconcebível diante da necessária abertura aos parâmetros discursivos dos demais campos do saber. Como observa Ferrer Beltrán, é habitual enfatizar a especificidade da prova jurídica em relação à prova produzida em qualquer outro âmbito de experiência, argumentando que a atividade probatória está submetida a um grande número de regras jurídicas que fazem dela algo *sui generis* em relação a atividade probatória em sentido geral; no entanto, essa apreciação é exagerada e pode ser relativizada.⁵ Para o autor, nem a incerteza que caracteriza a tomada de decisão jurídica sobre a prova, nem o caráter regrado da mesma permitem concluir que não é possível aplicar a essa tomada de decisão as categorias e os critérios de racionalidade próprias da epistemologia em geral.⁶ Como destaca Ferrajoli, “no plano semântico, com efeito, a verdade das teses judiciais não difere em princípio da verdade das teorias científicas”.⁷ Ferrajoli aponta que os problemas de verificação e verificabilidade, “para as proposições jurídicas *fáticas*, são mais ou menos os mesmos que se colocam para a verificabilidade e verificação de qualquer proposição histórica. Podem, portanto, beneficiar-se do debate e das reflexões epistemológicas desenvolvidas pela filosofia analítica a propósito desse tipo de proposição”.⁸ Taruffo também observou que embora não exista coincidência absoluta entre o juiz e o cientista, isso não significa que não exista uma conexão significativa no que diz respeito ao âmbito da prova e da avaliação dos fatos: as metodologias científicas e os modelos de raciocínio científico podem contribuir para a análise do problema da prova jurídica.⁹ Portanto, a proposta de análise a partir da aproximação com outros campos de saber que será aqui exposta se diferencia de outros estudos que fizeram essa abertura em função dos subsídios incorporados, mas não na intenção de rompimento com o monólogo jurídico, uma vez que Ferrajoli, Taruffo e Ferrer Beltrán já o fizeram,

⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 67.

⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba...*, p. 29.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 42.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...*, p. 43. Grifos do autor.

⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 331.

ainda que a nosso ver, de modo insuficiente. Seguimos a orientação de Gauer, que aponta que “[...] somente por meio de novas linguagens é que se pode fazer a necessária recusa ao saber jurídico sedimentado, isto é, a tudo aquilo que Bachelard designava “obstáculo epistemológico”.¹⁰ Nesse sentido, qual é – usando a expressão de Bachelard – a estética do escondido?¹¹

1 *Passeidade e verdade*

A discussão aqui proposta parte do que há de mais característico no núcleo de saber processual e que não deve ser desconsiderado por nenhum método cognitivo: a *passeidade* do horizonte projetado pelo caso penal, que conduz a um conjunto decididamente denso de perguntas. Enquanto a discussão sobre o método remete ao problema de fundo epistemológico, ou seja, à questão da formação da prova e de seu tratamento no âmbito do processo, a *passeidade* é a grande questão de fundo ontológico, que não pode continuar a ser ignorada em nome da ambição de verdade. Nesse sentido, é preciso referir que o paradigma moderno oferece fundamentação e legitimação “científica” para práticas processuais que rompem com a estrutura do sistema acusatório, atribuindo ao juiz, enquanto sujeito do conhecimento, a capacidade de extração da essência das coisas. Trata-se de uma concepção de conhecimento que está esgotada e é considerada insuficiente no que se refere aos desafios que envolvem a complexidade do real. Sua adoção enquanto critério de produção da verdade em âmbito processual é desastrosa e apta a produzir enormes danos aos interesses do acusado, pois permite a sobrevivência de uma epistemologia inquisitória no interior de um processo que acaba sendo apenas formalmente acusatório, o que é manifestamente insuficiente para a desejável contenção regrada do poder punitivo.

Partindo dessa perspectiva, a *passeidade* do evento sobre o qual o juiz forma sua convicção deve ser investigada, pois consiste em um aspecto que é desconsiderado até mesmo por análises mais sofisticadas do que as habituais. É o caso de Ferrer Beltrán, que comparando o juiz e o historiador, diz que não vê muita relevância na aproximação, considerando que o que mais importa para o raciocínio probatório é que se trata de provar fatos individuais irrepetíveis e não de que são fatos passados.¹² Também é o caso de Taruffo, que ao discutir a aproximação entre o juiz e o historiador, aponta que: “*En particular, no se deriva ningún dato relevante de esa analogía en referencia a la noción de prueba y a las modalidades de uso racional de los medios de prueba en el ámbito del proceso.*”¹³ O mais curioso na opinião de Taruffo é que ele efetivamente reconhece que as discussões

¹⁰ GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 113.

¹¹ BACHELARD, Gaston. *A poética do espaço*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1960. p. 19.

¹² FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 35.

¹³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005. p. 341.

epistemológicas no âmbito da historiografia são muito profundas, mas não as considera relevantes para a discussão da prova no processo. Nesse sentido, ainda que Taruffo e Beltrán tenham prestado valiosas contribuições acadêmicas no campo da prova, permanecem presos aos limites discursivos da cientificidade moderna: creem piamente nos poderes do sujeito do conhecimento, designando ao juiz uma função epistêmica de busca da verdade no processo.

Embora muitos autores desqualifiquem a discussão sobre o esgotamento do parâmetro científico moderno, relacionando a questão aos desdobramentos do que genericamente chamam de “irracionalidade da pós-modernidade”, o diagnóstico de insuficiência desse paradigma não é recente.¹⁴ Como reflete Gauer, “dos finais do XIX aos nossos dias o debate em torno da insuficiência teórica da ciência se constituiu no grande debate,

¹⁴ É o caso de Taruffo, que faz uma longa exposição em sua obra “*Simply la verdad*” criticando o que afirma ser embriaguez pós-moderna, que conduziu à ideia de que o conceito de verdade, assim com os de razão, história e conhecimento deveriam ser deixados de lado como instrumentos em que não era possível confiar. No entanto, temos a impressão de que Taruffo comete uma série de equívocos no trecho relacionado, a começar pelo estabelecimento de uma relação de autores tidos como pós-modernos nos quais ele inclui, por exemplo, Heidegger, que sequer pode ser tido como pertencente ao contexto que Taruffo critica. Além disso, suas críticas a Lyotard, Vattimo e Derrida, que são feitas a partir de outras leituras e não das obras originais, revelam uma fundamental incompreensão do que esses autores sustentam (Derrida, Heidegger e Vattimo sequer estão na bibliografia do autor). Ainda que Taruffo considere que o que ele chama de pós-modernidade não foi uma enfermidade do pensamento e que foi provocada uma crise irreversível de algumas ideias ingênuas que não merecem ser retomadas, no final do trecho o autor escamoteia o problema de da verdade, dizendo não ser possível abordar o insolúvel problema de sua definição. Ao final da discussão o autor assume como válido o “critério clássico” proposto por Tarski, para quem o enunciado “a neve é branca” só é verdadeiro se a neve é branca. Com o devido respeito ao autor, essa concepção em nada contribui para fazer avançar a discussão sobre a verdade no processo. TARUFFO, Michele. *Simply la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 89-98. Diga-se de passagem que Ferrajoli emprega exatamente o mesmo enunciado de Tarski para – em suas palavras – redefinir parcialmente o modelo de verdade como correspondência, motivo pelo qual acreditamos que é preciso ir além dos dois autores. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 41. Diante das críticas de Taruffo, nos alinhamos com Timm de Souza, que refere que: “*A acusação de irracionalidade é uma das retóricas preferidas de modelos de racionalidade hegemônicos para tentar desqualificar outras racionalidades, ou mesmo outras possibilidades da racionalidade*. Nada de novo sob o sol: a história da filosofia tem sido, ao longo dos séculos, a tensão entre a promulgação de sistemas e teorias como verdades e a suspeita sempre presente de que a verdade está para além do campo de abrangência de sistemas e teorias.” SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX: Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 165. Grifos do autor. Outra objeção que pode ser feita a Taruffo diz respeito ao fato do autor deliberadamente se esquivar de enfrentar temas árdus, ainda que os reconheça como problemas que mereceriam análise. É particularmente o caso das questões que envolvem tempo e causalidade, que não são enfrentadas, mas apenas referidas, indicando que envolvem debates filosóficos e científicos que ele não abordará. Trata-se de uma posição que ele adota em relação a uma série de temas, em vários trechos da obra referida. TARUFFO, Michele. *Simply la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 68. Além disso, no que se refere à grosseira crítica a uma “pós-modernidade” destacamos a posição de Lyotard, que indica que “[...] nem a modernidade nem a dita pós-modernidade podem ser identificadas e definidas como entidades históricas claramente circunscritas, onde a segunda chegaria sempre depois da primeira”. LYOTARD, Jean-François. *O inumano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1997. p. 34.

principalmente no campo das humanidades”.¹⁵ Dito isso, partimos aqui do postulado de que não é aceitável que um modelo insuficiente até mesmo para as ciências exatas – que já abandonaram, em boa parte, a exatidão em prol da complexidade – permaneça como paradigma dominante no campo jurídico. E isso não é aceitável sob a dúplici ótica da precariedade do conhecimento obtido por esse instrumental e das escassas possibilidades de contenção do poder punitivo que resultam de sua adoção. Com o devido respeito a Taruffo e Beltrán, nosso horizonte compreensivo é incisivamente contrário, considerando que a passeidade é um dos aspectos mais distintivos da verdade produzida – e não encontrada – no processo, motivo pelo qual é a partir desse elemento inicial que uma teoria da verdade processual deve e precisa ser estruturada. Os próprios tempos verbais utilizados tornam clara a referência à passeidade de um tempo escoado. O horizonte projetado pelo caso penal refere-se a uma anterior realidade empírica, ou seja, refere-se a eventos da vida que ocorreram no passado e que são tratados por uma linguagem jurídico-penal que incorpora a eles seu peculiar significado, o que contribui para aprofundar ainda mais a distância entre o evento e sua reconfiguração narrativa. A verdade correspondente está para além das forças dos homens, motivo pelo qual a possibilidade de produção de danos é imensa, *já que as eventuais condenações jamais poderão ser tidas como expressão inequívoca de uma verdade correspondente ao passado.*

Reconhecemos que essa argumentação é ousada, pois parece conduzir ao raciocínio contrário, ou seja, de que não há relação alguma entre a sentença narrativamente elaborada pelo juiz e a verdade. Não é o que propomos. Nossa posição está para além da dicotomia entre uma verdade absoluta (a chamada verdade real, material, substancial etc.) e a desconsideração completa da verdade (relativismo ou ceticismo radical), sem tampouco alinhar-se com o falso compromisso entre ambas que é a verdade aproximativa ou relativa, que permanece presa ao ideal de correspondência e, logo, apta a fundamentar poderes de ordem inquisitória. É por isso que sustentamos que é necessário romper com o modelo de verdade correspondente para ir além da *ambição de verdade* no processo penal, o que não significa, no entanto, cair no relativismo cético. Nossa posição nesse sentido assemelha-se a de Rui Cunha Martins. Para o autor, a posição mais fecunda é a que vai para além do clássico paradigma da verdade como adequação resistindo, porém, a fazer dessa ultrapassagem uma porta aberta para o que chama de paradigma da verdade exilada, isto é, expulsa do sistema.¹⁶ É a partir dessa orientação que a noção de passeidade opera como o postulado a partir do qual deve ser (re)definida a verdade, que não será expulsa, mas redimensionada, perdendo seu lugar canônico no sistema processual penal contemporâneo.

Não escondemos nossa posição em relação ao problema em questão: partimos do postulado de que no processo é produzida uma reconstrução narrativa de um evento

¹⁵ GAUER, Ruth Maria Chittó. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.) *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

¹⁶ CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 87.

que pertence a um tempo escoado, e não uma reprodução equivalente ou aproximativa daquilo que foi, com caráter de verdade correspondente, o que é simplesmente impossível: a incerteza processual não tem como ser abolida por completo, uma vez que o passado não se curva diante dos mecanismos de cognição disponíveis aos homens. No entanto, para condenar – já que para absolver a verdade não entra em questão – o juiz terá que elaborar narrativamente um texto amparado em provas que foram estabelecidas ao longo do processo, momento no qual a verdade irá se mostrar como uma exigência: a exigência de representar o passado.

É preciso dizer antes de tudo que o evento sobre o qual o juiz deve decidir pertence a um tempo que já passou, que não volta mais e que não tem como ser reproduzido de forma alguma. Essa noção é fundamental, pois em grande medida inviabiliza a pretensão de obtenção de uma verdade correspondente pelo sujeito do conhecimento: o passado está para além dos meios de apreensão da cientificidade moderna, que concebe a verdade com o sentido de correspondência. Afinal, não é possível realizar uma experiência que reproduza em circunstâncias controladas o que se deseja conhecer. A ideia de que o processo possa corresponder ao ideal clássico de experimentação científica é insensata, como percebeu Ferrajoli, que atentou para a passividade.¹⁷ Para ele, essa constatação “[...] fende profundamente o modelo ideal da verdade processual fática como correspondência objetiva”.¹⁸ Logo, “a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal’ inalcançável [...] a ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica [...]”.¹⁹ A conclusão que o autor extrai dessa linha de raciocínio o levou a afirmar que a verdade deve ser concebida sob o signo de uma verdade correspondente, mas relativa ou aproximativa, o que fez com que ele rejeitasse a verdade absoluta e a aptidão do juiz para buscar a verdade. É nesse sentido que Ferrajoli adverte que o termo verdade não deve ser empregado com implicações metafísicas no sentido de correspondência absoluta.²⁰ O autor avança, mas a nosso ver, ainda de forma insuficiente, pois permanece sustentando a possibilidade de uma verdade correspondente relativa ou aproximativa.²¹ Se por um lado estamos de acordo com a rejeição da verdade absoluta, por outro lado consideramos que a admissão de um regime de verdade estruturado em torno da verdade correspondente sob a forma relativa permanece passível de deslocamento discursivo e, logo, capaz de sustentar o lugar canônico da

¹⁷ Para Ferrajoli: “O que o juiz experimenta não são os fatos delituosos objeto do juízo, mas suas provas. De modo não diverso do historiador, não pode, pois, examinar o fato que tem a tarefa de julgar e que escapa, em todo caso, à observação direta, mas somente suas provas, que são experiências de fatos presentes, mesmo se interpretáveis como sinais de fatos passados.” FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 44.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 44.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...*, p. 42.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...*, p. 41.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...*, p. 42, 54, 56 e 435.

busca da verdade no processo, mesmo que Ferrajoli não o admita. Portanto é preciso romper com essa linha de raciocínio, uma vez que estamos convencidos de que ela acaba perpetuando – inadvertidamente ou não – a continuidade da tradição inquisitória.²² Como dissemos, não é que o ponto de partida do raciocínio que diz respeito à impossibilidade de experimentação esteja incorreto; o problema está em não conduzi-lo à ruptura completa com o ideal de verdade correspondente sob qualquer modalidade que venha a assumir. Para levar adiante a questão, é preciso considerar que uma vez que a observação direta não é possível, só resta valer-se de alguma espécie de substitutivo, o que não significa que o conhecimento produzido com base no referencial substitutivo não será pertinente, mas sim que terá que ser situado em outro patamar cognitivo, que não é o da verdade correspondente.

Carnelutti compara a reconstrução do passado no processo com a do historiador, “con esto de peor: el delito es un trozo de camino, del qual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas”.²³ Dessa forma, Carnelutti se pergunta “como hace quien, habiendo caminado a través de los campos, quiere recorrer en sentido contrario el mismo camino? Sigue las huellas de su paso”.²⁴ Com essas considerações de Carnelutti – que em alguma medida sinalizam o que propomos – podemos encaminhar nossa noção de rastro, que é essencial para a estruturação de uma epistemologia processual que considere a questão da passividade e com isso possibilite a superação do signo da verdade correspondente e da herança inquisitória.

2 Os rastros do passado

Pode ser dito com segurança que a questão epistemológica – que envolve o método e a validade da prova, da norma – encobria (ainda encobre) a questão ontológica, entendida como as possibilidades de reafirmação de um tempo escoado em busca de verdades, através de rastros. A necessidade de comprovação para que ocorra uma condenação exige o emprego da prova, enquanto meio apto a produzir o convencimento do juiz, que será posteriormente exteriorizado através da sentença. Como indica Lopes Jr., “através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua **atividade recongnitiva**, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na

²² Como reflete Cunha Martins: “Enquanto o debate se mantiver dentro das mesmas regras do jogo que outrora conduziram à consagração do “verdadeiro” como eixo central do sistema processual, enquanto a argumentação utilizada para propor o deslocamento funcional partir da mesma província de significado que a argumentação utilizada para re-dizer a centralidade, a possibilidade de produzir uma efetiva reconsideração do problema será sempre escassa.” CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.81.

²³ CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965. p. 72.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal...*, p. 73.

sentença”.²⁵ Segundo Coutinho, “o meio de fazer com que a verdade aporte no processo é a prova, forma ou conjunto de elementos através dos quais se constitui a convicção do juiz no caso concreto, em que pese saberem todos não ser só ela a verdadeira formadora do juízo”.²⁶ Sem abordar aqui a subjetividade que Coutinho está provocativamente referindo, podemos dizer que a referência à prova submete o processo e a convicção do juiz ao que um dia foi: não é aceitável uma decisão condenatória sem que um substrato probatório consistente esteja presente nos autos. Mas como se dá o convencimento do juiz através da atividade probatória, se o acesso direto não é possível, pois o “fato” não é experimentável? Parece haver aqui uma barreira ontológica insuperável entre presente e passado, entre o que é e o que foi. O que rompe ou ao menos permite em alguma medida a comunicabilidade entre os dois lados dessa barreira é o rastro, uma noção a que dedicamos fundamental importância e que agora passaremos a explorar.

Os rastros são a matéria-prima das provas processuais: o processo não consiste em um debate desprovido de referência concreta ao passado; não é (ou não deve ser) uma mera estrutura formal de enfrentamento entre partes que objetivam a vitória, nem tampouco um jogo que possa ter o resultado determinado arbitrariamente pelo juiz. O rastro conforma um meio através do qual um evento da vida que pertence a um tempo já escoado pode ser em alguma medida conhecido. Mas o que significa propriamente um rastro e por que a noção aqui proposta reconhece a *passeidade* do passado, o que não pode ser dito do conhecimento estruturado nas premissas da verdade correspondente, seja ela absoluta (ou real) ou relativa?

Em primeiro lugar, devemos destacar que o rastro se refere ao passado, sendo algo que, no entanto, é presente. Isto não é exatamente uma novidade: Heidegger percebeu uma curiosa duplicidade de sentido. Segundo ele, “o passado pertence, indiscutivelmente, ao tempo anterior, aos acontecimentos de então. Mas pode, não obstante, ainda ser simplesmente dado ‘hoje’, como por exemplo, as ruínas de um templo grego. Com ele, um ‘pedaço do passado’ ainda está ‘presente’”.²⁷ Parece claro que essa noção absolutamente desafia o estatuto ontológico do passado histórico como um simples “já foi”. Para Heidegger, o “mundo” a que esses restos pertenceram não existe mais; mas por outro lado, o caráter intramundano desse mundo ainda é dado, como utensílio que subsiste agora, que apesar de sua *passeidade*, permanece pertinente. Ou seja, os rastros se situam em uma curiosa tensão de pertencimento e não pertencimento ao passado que se deseja conhecer: evocam simultaneamente signos de presença e de ausência, o que conforma um paradoxo que deveria causar perplexidade, como observou Ricoeur.²⁸ O

²⁵ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 500. Grifos do autor.

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-americano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 177.

²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte II. p. 183.

²⁸ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997, tomo III. p. 129. Grifos do autor.

rastro é, ao mesmo tempo, um resto e um signo do que foi e não é mais.²⁹ Ele evoca uma ausência – o evento que pertence a um tempo escoado –, sendo simultaneamente, uma presença: significa sem fazer aparecer.³⁰ Não é o passado, mas é uma marca do passado que sobrevive, que persiste, que remete ao passado, já extinto pela flecha do tempo. É através de rastros que se busca alcançar o que foi mas já não é.³¹ Eis um paradoxo: um passado desaparecido que, no entanto, foi – foi “real”.³² O rastro apresenta uma curiosa duplicidade de sentido, pois indica a dinâmica da passagem e a estática da marca que ficou, que se fixou.³³ De certa forma o rastro é um traço do passado que permite que ele de alguma maneira se sustente, que permaneça existindo no presente, o que viabiliza – com as devidas ressalvas – o conhecimento sobre o passado. Portanto, há um nexo de dependência em relação à preservação do rastro, que é insuperável, pois ele é a via remanescente. Ele é o que restou do que foi. Sem ele, não é possível reconstituir um percurso.³⁴ Ricoeur define tais rastros como conectores em relação ao passado, pois é através deles que uma realidade já extinta pela passagem do tempo pode ser “acessada”.³⁵ Nesse sentido, o rastro também é uma coisa, uma marca.³⁶ Ele combina o vestígio de uma passagem e a relação de causalidade que se inclui na coisidade da marca, que por excelência, suscita perguntas. Ou seja, o rastro é um efeito-signo, cujo referencial sempre será indireto.

É importante observar-se a noção de referência indireta, pois ela é de grande valia para o entendimento de que o conhecimento sobre o passado não pode ser situado na esfera da verdade correspondente. Um conhecimento construído a partir de rastros – como é o caso da dimensão de saber processual – é necessária e obrigatoriamente, um conhecimento que embora pertinente, pertence a outro patamar cognitivo que o da correspondência. O tempo intuído a partir do rastro não é o tempo que passou, mas outro... Um tempo representado narrativamente, mas não trazido de volta. É um tempo elaborado – ou melhor dizendo, produzido – a partir do rastro. Produzido somente a partir de rastros, em relação de perfeita ou relativa adequação? Certamente que não. É um tempo elaborado a partir de um lugar de fala, que não escapa da historicidade e do pertencimento a uma tradição e de pré-juízos, motivo pelo qual a verdade terá que ser tida como produzida narrativamente por um juiz que é “ser no mundo” e que tenta apreender um grande todo, que sempre se mostrará inapreensível.

²⁹ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa, tomo III...*, p. 10.

³⁰ Ricoeur reconhece sua dupla dívida para com Heidegger e Levinas na definição do rastro. Ver RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997, tomo III. p. 179-209.

³¹ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997. tomo III. p. 11.

³² RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997. tomo III. p. 175.

³³ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa, tomo III...*, p. 200. Grifos do autor.

³⁴ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa, tomo III...*, p. 201.

³⁵ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa, tomo III...*, p. 174.

³⁶ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa, tomo III...*, p. 202.

3 O mesmo, o outro e o análogo: representância e representação narrativa do passado

O que pode representar a noção de rastro para o insustentável conceito de verdade correspondente? O conceito remete diretamente ao que Ricoeur define como o signo do *Mesmo*, ou seja, a vontade ou percepção de reafirmação do passado no presente.³⁷ Todavia, o passado não pode ser um *Mesmo* em relação ao presente, mas sim, se aproxima de um *Outro*, que não volta mais e não pode ser reafirmado de forma alguma. O que é proposto com a verdade correspondente é uma *ontologia presenteísta* que se sobrepõe ao passado e ao que resta dele, o rastro. Em suma, o que se propõe nesta perspectiva é a anulação da distância temporal, uma completa impossibilidade. O presente, não pode ser o ponto culminante de referência da verdade, a não ser que conscientemente ocorra uma opção pela verdade violenta e tautológica de um processo penal do inimigo; ele deve manter-se aberto às possibilidades que os rastros podem indicar, mas não efetivamente corresponder. Quando se afirma que é obtida a verdade correspondente no processo, simplesmente é abolida a diferença em relação ao passado, em função do apriorismo do presente. Por isso essa é uma verdade violenta: além de não reconhecer, anula, mata a diferença que é o signo distintivo do passado. Tal concepção de verdade supõe que é possível abolir tanto a opacidade do passado, quanto a própria opacidade da consciência, que se tornaria transparente a si mesma de forma a evitar qualquer possível contaminação (confirmação persecutória de hipóteses prévias), autorizando a busca da verdade irrestritamente; ou alternativamente, que a opacidade do passado e a contaminação da consciência interfeririam de forma mínima, permitindo a adoção de um critério de verdade correspondente aproximativa, o que também autoriza que o juiz parta em busca dessa correspondência, ainda que com certos limites para evitar a produção de danos.

O equívoco fundamental dessa posição é que o rastro jamais pode corresponder ao passado em si: é apenas indício dele, pois exprime simultaneamente presença e ausência, como Heidegger percebeu. O rastro, com efeito, na medida em que é deixado pelo passado, vale como se fosse ele: exerce uma função de substituição, sobre a qual sempre irá pairar uma nuvem de incerteza, que permanece mesmo após ter sido superada a condição precária de elemento que dá suporte a uma tese e atestada a qualidade de rastro do passado. Ele é apenas parte de um grande todo ao qual ele não pode corresponder; dizer que há essa correspondência é um manifesto excesso

³⁷ Ricoeur coloca que: “A primeira maneira de pensar a passividade do passado é subtrair-lhe o agulhão, ou seja, a distância temporal. A operação histórica aparece então, como uma des-distanciação, uma identificação com o que outrora foi. Essa concepção não deixa de ter apoio na prática historiadora. O rastro, enquanto tal, não é ele próprio presente? Remontar o rastro não é tornar os acontecimentos passados a que ele conduz contemporâneos de seu próprio rastro? Leitores de história, não somos nós mesmos transformados em contemporâneos dos acontecimentos passados através de uma reconstrução viva de seu encadeamento? Em suma, é o passado inteligível a não ser como persistindo no presente?” RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997, tomo III. p. 180-244.

epistêmico. Mas por outro lado, a relação de *outridade* do tempo escoado não esgota completamente a questão, pois há uma presença, através da concretude do rastro e de quem o interpreta. Aqui está o enigma, o paradoxo fundamental que o conhecimento sobre passado representa: ele aparentemente desafia qualquer categorização, consistindo, por excelência, em uma aporia.

Se por um lado, o passado não pode ser um Mesmo, por outro lado também não pode ser um Outro, pura e simplesmente, caso esteja preservado na forma de rastros. Somente considerá-lo em função da distância acaba produzindo uma ontologia negadora do passado, uma vez que mesmo tendo sido, ele persiste na forma de rastros e, portanto, de certa forma, ainda é. O conhecimento que se sustenta em provas não é Outro completo em relação ao tempo que escoou, desprovido de qualquer relação significativa com o que ocorreu no passado. O conhecimento sobre o passado não pode ter o estatuto de uma verdade correspondente (no sentido de o Mesmo), mas também não é completamente Outro em relação ao passado (o que implicaria falsidade pela diferença absoluta e reduziria o processo a mero jogo argumentativo marcado pelo decisionismo).

O caminho da desconsideração completa da verdade quanto ao passado certamente não é o caminho a seguir, pois a simples ênfase na distância subtrai um ingrediente de complexidade do problema: a diferença entre outrem de hoje e de outrora, que reside na passeidade e no caráter ontológico peculiar de permanência do rastro. Há uma dificuldade específica ligada à sobrevivência do passado no presente que não pode ser subtraída, pois é ela que diferencia o conhecimento do outro do conhecimento do passado. A alteridade do passado não pode predominar completamente sobre a permanência do passado no presente, através dos rastros. Afinal, é a confirmação do caráter de rastro de um elemento apresentado pelas partes que possibilita as provas em sentido processual, algo do qual não se pode abrir mão: os rastros têm um peso próprio que lhes é inerente e não podem ser pura e simplesmente deslocados em função da vontade das partes ou do próprio juiz. Os rastros podem não dizer tudo a respeito do passado a que se referem, mas por outro lado, eles têm poder de veto. Ou seja, eles exercem função proibitiva, pois estabelecem um limite: não é possível sustentar argumentos e a validade de certas conclusões sem recorrer a eles ou então, os contrariando diretamente; o juiz não pode condenar sem narrativamente fazer jus à exigência de verdade na sentença, pois terá que referir elementos que através da atividade probatória em contraditório foram elevados à condição de provas: rastros que em alguma medida permitem rastrear tentativamente o passado. Não basta que ele tenha formado sua convicção sobre a condenação: terá que indicar os motivos probatórios que o levaram a formá-la, ainda que os rastros não tenham o condão de preencher completamente o déficit de veracidade que sempre atingirá essa produção narrativa, o que parece enfatizar o regime do *Outro*.

No entanto, a possibilidade de reivindicação de uma sustentação empírica para os argumentos suscitados faz com que não seja possível desligar por completo o processo da verdade; como vimos, há uma presença através do rastro, que significa um resto do passado sobre o qual é possível construir uma argumentação que visa obter a captura psíquica do juiz, ou seja, mostrar-se como verdadeira. Essa referência faz do conhe-

cimento com base nos rastros algo que se sustenta em um fundo de verdade – ainda que insuficiente para lhe atribuir isoladamente o signo do *Mesmo* –, o que o diferencia de qualquer outro âmbito que não tenha esse rigor referencial, como a literatura, por exemplo. No entanto, a reivindicação desse referencial não basta para superar a *outridade* do passado, residindo nesse ponto a aporia a ser enfrentada para propriamente começar a definir o regime de verdade adequado para o processo. Presença e ausência; *Mesmo* e *Outro*; é na resolução desse enigma que reside a chave para a compreensão do estatuto de verdade adequado à *passividade*.

Como referimos anteriormente, nossa intenção ao procurar definir o regime de verdade do processo penal tem como horizonte de sentido a proposta de Rui Cunha Martins, que considera que uma estratégia de expulsão do verdadeiro acabaria por tornar-se contraproducente. No entanto, nossa intenção aparentemente nos conduziu a um paradoxo que deve ser ao menos parcialmente solucionado para que possamos prosseguir, o que não significa que iremos sucumbir à tentação de assumir a verdade correspondente sob a forma relativa como regime de verdade do processo. Nesse aspecto reside um ponto crucial: os autores que assumem a perspectiva da correspondência relativa avançam em relação aos autores que defendem a verdade absoluta (real, material, substancial etc.) na medida em que não negam por completo a *outridade* do passado. Desse modo, diante do paradoxo com que se deparam, acabam encontrando uma espécie de compromisso entre o signo do *Mesmo* e do *Outro* ao assumir a variante relativa ou aproximativa da verdade correspondente, que no entanto, permanece remetendo ao signo do *Mesmo* e atribuindo ao sujeito do conhecimento a capacidade de buscar a verdade. A saída que propomos para este imbróglio será fundamentalmente distinta, pois como insistimos, não admitimos a verdade correspondente sequer sob a forma relativa. Nesse sentido, qual é o regime de verdade apropriado para o processo penal, que pode fazer com que ele evite o excesso epistêmico das verdades correspondentes – o que vale também para suas versões aproximativas – e os perigos inerentes ao relativismo que desconsidera por completo a verdade?

Ricoeur oferece um possível sentido singular a essa pergunta, referindo-se a “uma expressão comum ao pintor e ao historiador: ambos procuram ‘restituir’ uma paisagem, um curso de acontecimentos. O autor reflete que “sob esse termo ‘restituir’, reconheço o desígnio de ‘devolver o que é seu’ ao que é e ao que foi”.³⁸ Certamente que o juiz que elabora uma sentença condenatória também o faz munido dessa intenção: ao motivar a condenação ele produz uma representação narrativa que acredita ser fiel, correspondendo ao tempo escoado sobre o qual tomou uma decisão, com base em rastros do passado. Afinal, para ele ficou provada a culpabilidade do acusado. Se não tivesse ficado provada, temos que supor que ele simplesmente não condenaria.

É justamente nesse aspecto que introduzimos uma grande inquietude, ao estabelecer que os rastros não permitem essa relação correspondente, demonstrando a insu-

³⁸ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas: Papyrus, 1997, tomo III. p. 256.

primível incerteza que caracteriza o regime de verdade processual. Mesmo a condenação aparentemente mais inequívoca e, logo, que mais parece se aproximar do ideal de correspondência será incapaz de satisfazê-lo. Como inicialmente ilustramos, o ideal de verdade correspondente não é adequado para a representação narrativa produzida no processo, por inúmeros motivos. Qual poderia então, ser a solução para a aporia do regime de verdade da representação narrativa do passado, que permita romper com a ilusão da busca da verdade correspondente e dessa forma estruturar uma *epistemologia da posseidade* conducente a funcionar como dique contra a torrente do poder punitivo?³⁹

Ricoeur buscou aprofundar a discussão sobre a natureza do conhecimento produzido sobre o passado, indo além do conceito de representação, o que fez com que elaborasse a noção de *representância*. Ele considera que “[...] o passado é o ‘face-a-face’ a que o conhecimento histórico se esforça por corresponder de maneira apropriada, através do rastro”.⁴⁰ Entretanto, há uma diferença significativa entre a ideia de que há uma tentativa de correspondência quando o juiz elabora a sentença condenatória e considerar-se que a correspondência pode ser atingida. É claro que se ao escrever o juiz faz uma construção – pois produz algo narrativamente –, ele gostaria que essa construção fosse uma reconstrução o mais equivalente possível ao que um dia foi; ou seja, que ele está condenando porque realmente o acusado é culpado e, logo, que foi atingida a verdade correspondente. É exatamente aí que reside o nó górdio da questão: no esforço por corresponder ao tempo escoado e na assunção de que essa correspondência é possível, o que motivará as variantes da verdade correspondente ou da verdade correspondente sob a forma relativa ou aproximativa; no entanto, já vimos que o ideal de correspondência está para além do que o rastro ontologicamente possibilita: permanece irresolúvel a aporia.

É aqui que a filosofia de Ricoeur nos permitirá ultrapassar a tentação de considerar que a dinâmica do *Mesmo* e do *Outro* conduz a um modelo de verdade correspondente relativa ou aproximativa. Para Ricoeur, a tentativa de correspondência em relação a um tempo escoado está ligada a um *sentimento de representância*, de uma dívida para com o passado, que é, em essência, impagável, dada a impossibilidade de sua quitação. Nesse sentido, *o termo representância indica as relações entre as construções narrativas da história e o seu face-a-face, a saber, um passado ao mesmo tempo abolido e preservado em seus rastros*. Segundo Ricoeur a representância implica uma dívida para com o passado, da qual o historiador é perpetuamente insolvente.⁴¹ Para ele, a representância é a maneira menos má de render homenagem ao único enfoque reconstrutivo disponível a serviço da verdade em história, no qual é reconhecida sua insuficiência constitutiva em relação ao tempo escoado que se deseja representar.⁴²

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 156-157.

⁴⁰ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas: Papyrus, 1997, tomo III. p. 242. Grifos do autor.

⁴¹ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas: Papyrus, 1997, tomo III. p. 175.

⁴² RICOEUR, Paul. *La memória, la historia, el olvido*. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 376.

Portanto, a verdade correspondente é um excesso epistêmico inaceitável. O conhecimento sobre o passado absolutamente não pode sustentar-se sob o signo do *Mesmo*. *A verdade que o juiz narrativamente produz trata-se de algo ontologicamente distinto do passado que ele deseja representar, motivo pelo qual restará somente representância: assim como o historiador, o juiz será inevitavelmente um devedor insolvente em relação ao passado.* De fato, a passeidade do passado é uma diferença inalcançável e insuprimível. Os meios de acesso que nos restam – através de meros rastros do passado, cuja função é de substituição e não de correspondência – não superam a complexidade de um objeto que resiste à aproximação. *Trata-se de uma resistência que não tem como ser vencida através de nenhuma epistemologia processual.* Não há como superar esse distanciamento, pois o obstáculo imposto pela passeidade é de uma resistência que é ontológica em si mesma: o passado foi e não é mais; não há como subtrair-lhe o que tem de mais característico, ou seja, sua passeidade. Mas mesmo assim... mesmo assim, de alguma forma, apesar desse tempo que se foi, o evento passado permanece, se mantém através do rastro, o que também impede que o conhecimento sobre o passado não tenha pertinência nenhuma, sendo absolutamente *Outro* em relação a ele: novamente surge a tentação de fazer a opção pela verdade correspondente relativa.

No entanto, trata-se de uma tentação a qual se deve resistir, pois não só ela não expressa de forma adequada a particularidade da passeidade do passado, como se mostra conducente aos abusos da busca da verdade. Podemos dizer que é em torno de um equívoco fundamental quanto às possibilidades do rastro que se sustentam três posições inaceitáveis no que diz respeito ao regime de verdade do processo, uma vez que todas são aptas a produzir enormes danos ao acusado. As duas primeiras admitem a verdade correspondente, ainda que de formas ligeiramente distintas, enquanto a terceira recusa a verdade por completo: (a) a ideia de que a verdade absoluta pode ser atingida e que deve ser perseguida a qualquer custo; (b) a aspiração à verdade correspondente (que ainda é mantida ao reconhecer-se a aptidão para o juiz buscar a verdade, ainda que a atinja somente de forma relativa). Finalmente, (c) a posição que rejeita por completo a verdade ao afirmar que o passado é só distância, que não tem como ser acessado de forma alguma, conformando um relativismo cético radical. Curiosamente, são três posicionamentos que acabam conduzindo ao mesmo resultado inaceitável: maximizam os espaços potestativos de decisionismo processual, pois apostam no poder do juiz, assassinando contraditório. As duas primeiras posições sustentam a verdade correspondente ao passado, pretensão que conduz ao protagonismo do juiz e, logo, permite o decisionismo. A terceira posição, por sua vez, também maximiza os espaços de decisionismo, ao rejeitar toda validade à noção de prova: potencialmente qualquer coisa vale.

A chave para a resolução do enigma está na própria noção de rastro, que necessariamente conduz à representância de Ricoeur. É a partir da noção de rastro que sustentamos que o conhecimento sobre o passado não deve ser situado isoladamente no âmbito do Mesmo, ou do Outro. Caso esteja embasada em rastros do passado, a narrativa elaborada pelo juiz deve ser situada em uma terceira esfera ontológica: a do Análogo. Por Análogo, compreenda-se simultaneamente, Ser-como e Não-

-ser; uma verdade que opera no âmbito da constante tensão entre o desvelamento e o encobrimento (cenário de guerra processual), para finalmente ser analogicamente produzida na forma narrativa pelo juiz – que necessariamente agregará algo seu, mesmo com uma postura receptiva – já que é ser-no-mundo. Portanto, trata-se de uma verdade enquanto (re)produção analógica do passado e não enquanto correspondência – ainda que relativa ou aproximada – em relação a um evento que pertence a um tempo escoado. É nesse sentido, em oposição ao excesso epistêmico do conceito de verdade correspondente, que Ricoeur, livremente inspirado no “Sofista” de Platão, pensou nos seguintes gêneros: o *Mesmo*, o *Outro* e o *Análogo*. Segundo Ricoeur, a relação com “[...] a realidade do passado deve passar sucessivamente pelo crivo do Mesmo, do Outro e do Análogo”.⁴³ Portanto, o rastro pode fazer papel de *Mesmo* (porque é um vestígio do passado, que no momento é presente) ainda que o passado seja um *Outro* (do qual o acesso através dos rastros será sempre limitado, porque é apenas parte de um todo que já foi e, logo, deve ser reconhecida a alteridade do passado). A partir da tensão entre o crivo sucessivo do *Mesmo* e do *Outro*, surgem provas, que podem embasar a elaboração narrativa do *Análogo*, ou seja, *Ser-come* e *Não-ser*, o que não expressa de modo algum um modelo de verdade como correspondência.⁴⁴ Afinal, é isto que um artefato narrativo que tentativamente rastreia o passado de forma substitutiva pode evocar: “as coisas devem ter se passado *como* se diz nessa narrativa; graças ao crivo tropológico, o *Ser-come* do acontecimento passado é levado à linguagem”.⁴⁵

O grande equívoco está em considerar o signo do Mesmo (verdade correspondente) e do Outro (afastamento completo da verdade) de forma isolada, ou apenas relativizando o Mesmo em função da distância do Outro; como vimos anteriormente, Heidegger percebeu que o rastro expressa simultaneamente presença e ausência, o que exige um regime absolutamente distinto de verdade, que como dissemos, passa pelo crivo do Mesmo, do Outro e, finalmente, do Análogo: *Ser-come* e *Não-ser*, o que não expressa uma verdade correspondente, mas por outro lado, não expulsa a verdade por completo do processo; apenas a reposiciona de forma a eliminar a patologia de seu caráter canônico, pois é uma concepção dada a inspirar cuidados, em oposição à noção de correspondência, que resulta na assunção de onipotência. A atividade probatória terá que ser concebida de acordo com essa complexidade, o que está para além da estrutura binária de verdade/não-verdade e de sua matização sob a forma da verdade relativa, que continua a permitir inúmeros abusos através na crença nos poderes do sujeito do conhecimento para buscar a verdade.

Ao aprofundar a perspectiva de análise que remete o fundo cognitivo do processo à dimensão de passeidade, percebe-se que chegamos a conclusões mais ousadas do que

⁴³ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997, tomo III. p. 258.

⁴⁴ Que não se incorra em equívoco. Não há nenhum relativismo exacerbado aqui. O peso da provas garante à narrativa histórica e judiciária a sua especificidade referencial. Como diz Ricoeur: “Dito isso, admito de bom grado que, isolado do contexto dos dois outros gêneros – o Mesmo e o Outro – e sobretudo isolado da pressão que exerce sobre o discurso o face-a-face – o *Gegenüber* – em que consiste o *ter-sido* do acontecimento passado, o recurso à tropologia ameaça apagar a fronteira entre *ficção* e a *história*.” RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997, tomo III. p. 259. Grifos do autor.

⁴⁵ RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1997, tomo III. p. 258. Grifos do autor.

as de Ferrajoli, que fez uma aproximação entre o juiz e o historiador, mas não remeteu sua resolução ao fundo ontológico explorado por Ricoeur. Se já acreditamos ter dado um passo além de Ferrajoli em virtude de rompermos com a verdade correspondente sob a forma relativa, nosso distanciamento em relação à Taruffo – e por extensão Beltran – é ainda mais significativo e agudo, pois chegamos a conclusões radicalmente opostas ao modelo estruturado em torno da razão moderna que eles defendem. Nesse sentido, já observamos que em relação a estes autores nossa divergência não se restringe à questão da verdade correspondente relativa – como em Ferrajoli – mas centra-se fundamentalmente na crença nos poderes do juiz – enquanto sujeito racional – para buscar ativamente a verdade correspondente no processo (corretamente rejeitada por Ferrajoli). É sob este aspecto que a investigação acerca da *passeidade* – e o conseqüente descortinar dos signos do *Mesmo*, do *Outro* e do *Análogo* – nos permite sustentar que o caráter analógico da verdade narrativamente produzida no processo penal deve conduzir à ênfase nas regras do jogo e, logo, à separação das funções de acusar e julgar e à gestão da prova nas mãos das partes. Se o decisionismo toma conta e o juiz imita a liberdade de criação divina, as chances de condenação equivocada são gigantescas, como discutimos em outra oportunidade.⁴⁶

As considerações aqui elencadas conduzem ao reconhecimento de que não se trata de uma simples adequação ao passado, com caráter de verdade correspondente: *o artefato narrativo que toma o lugar do evento passado para efeito da decisão somente pode fazê-lo analogicamente*. É inaceitável um regime de verdade processual baseado no signo do *Mesmo*: o rastro é apenas indicativo; ele é o que restou, um pedaço do passado que remanesce, o que permite produzir um conhecimento narrativo de caráter *Análogo*, isto é, *Ser-come* e *Não-ser*. Diante disso, como aponta Cernelutti, o risco está em errar o caminho, devido à falibilidade das provas; e o dano é grave, especialmente quando o passado é reconstruído para determinar o destino de um homem.⁴⁷ O próprio Taruffo reconhece essa dificuldade, ao apontar que os perigos de erros, lacunas, manipulações e reconstruções incorretas dos fatos são particularmente frequentes e sérios, podendo levar a erros substanciais e equívocos dramáticos na decisão final de uma controvérsia.⁴⁸ O fato é que se tomada em seu rigor absoluto, uma epistemologia da *passeidade* conduziria à impossibilidade de qualquer condenação, diante da insuprimível insuficiência de uma narrativa decisória de ordem analógica que toma como base os rastros, cuja função é de substituição – de lugar-tenência – e não de correspondência ao que já foi. Diante disso, é claro que não podemos deixar de esboçar uma pertinente provocação: *se a natureza da instrumentalidade processual deve ser dada pelo direito material em que ela se funda, a consideração de que o regime de verdade do processo penal é estruturado em torno do signo do Análogo nos leva a*

⁴⁶ KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁷ CERNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965. p. 73.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez e la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 49.

conclusões interessantes, uma vez que o direito penal veda a analogia, a não ser in bonam partem. É claro que não estamos deslegitimando por completo a jurisdição penal, pois isso significaria por em questão toda a estrutura do sistema e acreditamos que essa estrutura tem virtudes para a contenção do poder punitivo que permanecem irrealizadas, devido à patológica ambição de verdade.⁴⁹ Portanto, não estamos dizendo que todas as condenações são equivocadas, mas que a produção narrativa da verdade sob o signo do análogo sempre se dará sob grande tensão e incerteza e será na melhor das hipóteses, contingencial, mesmo que as regras do devido processo legal sejam integralmente seguidas.⁵⁰ Concordando com Lopes Jr., “a verdade assim é contingencial e a legitimação da decisão se dá – somente pode se dar – através da estrita observância das regras do devido processo”.⁵¹ Dizer que a verdade é contingencial significa abrir mão desse fim – a busca da verdade – e assumir outro horizonte, em que juiz deverá estar predisposto a absolver, por exigência da presunção de inocência: em outras palavras, o valor inocência deve ser estruturante do processo penal, inclusive no que se refere à função do juiz, rompendo com a epistemologia inquisitória orientada à perseguição do inimigo.

4 Considerações finais

Ao descortinar os signos do *Mesmo*, do *Outro* e do *Análogo* demonstramos o imenso risco de produção de danos que é inerente ao sistema e, logo, *a necessidade de romper com o discurso da busca da verdade, pois ele maximiza a chance de que tais danos venham a ocorrer.* Logo, precisamos de controles mais rigorosos, para enfatizar as regras do jogo em detrimento de qualquer potencial ambição de verdade e com isso procurar superar uma epistemologia que é a expressão de uma violência contra o acusado e a realidade. Uma epistemologia da passeidade evidencia que a jurisdição penal somente pode se legitimar como estrutura de contenção do poder punitivo dedicada primordialmente à redução de danos, o que é absolutamente incompatível com a perspectiva de busca da verdade pelo juiz. Desse modo, *a partir do devido desenvolvimento do contraditório, ele pode – e apenas pode – produzir uma verdade que analogicamente expresse a função de lugar-tenência em relação ao passado e que certamente não será uma simples mentira, possibilitando a condenação. No entanto, inevitavelmente a própria impossibilidade de obtenção de uma verdade correspondente – não*

⁴⁹ Em alguma medida Ferrajoli se aproximou desse raciocínio ao esboçar a seguinte reflexão: “A rigor se se pensasse que o juízo penal devesse alcançar a verdade “objetiva” e se tomasse ao pé da letra o princípio do *in dubio pro reo*, as margens irredutíveis de incerteza, que caracterizam a verdade processual, deveriam comportar a ilegitimidade de qualquer condenação e, portanto, a paralisia da função judicial”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 51.

⁵⁰ Acreditamos ter sido suficientemente enfáticos quando dissemos que o regime do *Outro* não expressa as condições de possibilidade do conhecimento sobre o passado. Como observa Lopes Jr, do mesmo modo que seria grosseiro dizer que a sentença é pura e simplesmente uma mentira, seria grosseira e errônea a crítica à nossa posição neste sentido. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 541.

⁵¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 541.

importando qual a epistemologia adotada – sempre fará com que exista uma irreduzível margem de ilegitimidade em toda condenação, o que deve conduzir a um urgente reforço do dique de contenção do poder punitivo, conforme as regras do jogo, procurando reduzir os danos decorrentes de condenações equivocadas, típicas de um processo penal movido pela ambição de verdade.

Referências Bibliográficas

BACHELARD, Gaston. *A poética do espaço*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: *Anuário Ibero-americano de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

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

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

_____. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte II.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LYOTARD, Jean-François. *O inumano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1997.

RICOEUR, Paul. *La memória, la historia, el olvido*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Tempo e narrativa*. Campinas: Papyrus, 1997. Tomo III.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais: itinerários da racionalidade ética no século XX: Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SIGILOS CONSTITUCIONAIS, PROVA ILÍCITA E PROPORCIONALIDADE

*Elmir Duclerc*¹

RESUMO

Doutrina e jurisprudência dominantes, de um modo geral, entendem cabível a quebra do sigilo de dados e da correspondência, a despeito do que dispõe o art. 5º, XII, da CF. O argumento normalmente utilizado para tanto é recolhido da doutrina dos direitos fundamentais, segundo a qual não existe direito fundamental absoluto, de forma que a, a depender das circunstâncias, tendo em vista a natureza dos interesses em conflito, podem sofrer restrições, desde que haja previsão legal para tanto, e autorização judicial. No caso do sigilo da correspondência, entretanto, nem mesmo esse argumento acode a quebra do sigilo, já que não existe previsão legal expressa nesse sentido. O argumento parece ignorar, ainda, que a própria garantia da vedação às provas ilícitas é o produto de uma ponderação do próprio constituinte entre o direito do Estado de investigar crimes e outros valores que a própria ordem constitucional protege, tal como a intimidade e a vida privada do indivíduo. Além disso, ao propor a ponderação entre a intimidade e o bem jurídico supostamente violado pelo acusado na prática delitiva, viola-se o princípio da presunção ou estado de inocência. Condena-se antes, para considerar a prova lícita, e não o contrário, como impõe a noção ais elementar de devido processo legal. Por fim, tem-se uma segunda distorção do princípio da proporcionalidade, uma vez que os requisitos para a quebra de sigilos “absolutos” acabam bem mais “frouxos” do que aqueles estabelecidos para a quebra do sigilo telefônico.

PALAVRAS-CHAVE: Prova. Sigilo. Proporcionalidade.

¹ Promotor de justiça criminal em Salvador e assessor especial criminal da Procuradoria Geral de Justiça da Bahia. Mestre em ciências criminais pela Universidade Cândido Mendes-RJ e doutor em direito pela Universidade Estácio de Sá-RJ. Professor Adjunto de Processo Penal da Universidade Federal da Bahia. Membro fundador e presidente do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADP.

ABSTRACT

Dominant doctrine and case law, in general, understand that is possible to violation of confidentiality of correspondence, in spite of what has art. 5th, XII of the Constitution. The argument that usually used for this point came from the doctrine of fundamental rights, according to which there is no absolute right, so that, depending on the circumstances, some rights may be restricted, provided there legal provision for this, and judicial authorization. In the case of the secrecy of correspondence, however, even this argument doesn't works for confidentiality, because there is no express legal provision accordingly. The argument seems to ignore also that the assurance of prohibition of the illegal evidence is the product of a balance between the right of the State to investigate crimes and other values that protects the constitutional order, as the intimacy and privacy. Moreover, by proposing a balance between intimacy and legal right infringed by the accused, violates the principle of presumption of innocence. Condemns before, to consider legal evidence, disobeying the due process of law. Finally, there is a second distortion of the principle of proportionality, because the requirements for the breaking of "absolute" secrets are revealed more "loose" than those established for the violation of telephone secrecy.

KEYWORDS: Evidence. Secrecy. Proportionality.

1 Introdução

Reza o art. 5º, XII, da CF que:

“[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

Somente no ano de 1996, editou-se a Lei nº 9.296/96, justamente para dar cumprimento ao comando constitucional, e regulamentar a quebra do sigilo telefônico.

Quanto aos demais sigilos, entretanto, a quebra segue sendo deferida e utilizada como meio de obtenção de prova, em que pese o sigilo não ter sido excepcionado pelo texto constitucional, tal como ocorreu com o sigilo telefônico.

O presente trabalho tem por objetivo enfrentar perplexidades como essa, além de outras questões correlatas, estudando criticamente a questão dos sigilos e propondo caminhos interpretativos alternativos ao que prevalece no senso comum teórico constituído tanto em doutrina quanto em jurisprudência.

2 Qual processo penal?

Não se pode fazer ciência sem método. E o método científico exige a definição prévia de um “referencial teórico” mais ou menos consistente, que sirva de ponto de partida para qualquer investigação que se pretenda realizar sobre um determinado tema específico.

É preciso, portanto, dizer logo que buscamos falar de um processo penal que dialogue com outras áreas do saber humano, sobretudo o pensamento crítico em ciências sociais e, mais especificamente, com as contribuições da chamada *criminologia crítica*,² que surge na década de 1970, como novo grande paradigma do pensamento criminológico moderno, em substituição à chamada criminologia tradicional ou *etiológica*.

A criminologia crítica,³ como se sabe, ao mesmo tempo que denuncia as fragilidades da criminologia tradicional, procura apoiar-se sobre o chamado *paradigma da reação social*, ou *paradigma da definição*, o que significa dizer que

“[...] a investigação criminológica tem a tendência a deslocar-se das causas do comportamento criminoso para as condições a partir das quais, em uma sociedade dada, as etiquetas de criminalidade e o *status* de criminoso são atribuídos a

² Cabe, sem dúvida, a Kant, a paternidade do termo *crítica*, como o processo através do qual a razão empreende o conhecimento de si. ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*, p. 221. De lá pra cá, é lógico que o termo *crítica* tem dado azo a um sem número de definições e redefinições, de forma que seria absolutamente inimaginável, para os limites deste trabalho, dar conta de todas elas. Pode-se trabalhar, contudo, com a noção clara e simples formulada por Michel Miaille, que assinala: “É preciso tomar o termo em todo o seu sentido: o da possibilidade de fazer aparecer o invisível.” (*Introdução crítica ao direito*, p. 21). Vale dizer, adotar uma postura crítica significa, no estudo de fatos sociais, a busca dos impensados sociais, das realidades que estão escondidas por trás dos discursos.

³ Por criminologia crítica, como bem salienta Baratta, entende-se um campo muito vasto e não homogêneo de discursos que, no campo do pensamento criminológico e sociológico jurídico contemporâneo, têm em comum uma característica que os distingue da criminologia tradicional: a nova forma de definir o objeto e os termos mesmos da questão criminal. (BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 209). Na construção desse novo *paradigma* não se pode negar a forte influência do pensamento de Karl Marx. Coube a ele, como se sabe, formular pela primeira vez um discurso organizado denunciando a influência decisiva das relações econômicas travadas na sociedade (relações de dominação), na conformação dos demais fenômenos sociais (dentre os quais o Direito), que não seriam, aliás, mais que uma *superestrutura* da estrutura material econômica. Como bem registra Zaffaroni, “[...] embora Marx não tenha analisado em profundidade o sistema penal [...] considerava necessário deslegitimar todo o direito, especialmente o penal [...]” (ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas*, 1991). Daí que seu pensamento vai ser ponto de referência e fonte de inspiração, direta ou indiretamente, para toda a crítica do sistema penal que se lhe segue. Não se pode deixar de citar, de igual modo, a crítica radical de Foucault, M., denunciando, dentre outras coisas, o processo de construção das sociedades modernas capitalistas como resultante de um projeto de dominação amparado na noção de *poder disciplinar* (que implica uma relação *genética* e indissolúvel entre saber e poder), que tem como verdadeiro ponto de referência o modelo benthaniano (pan-óptico) de prisão. É o que se extrai de obras como *Vigiar e punir* (1999, 262 p.) e *A verdade e as formas jurídicas*, (1999, 160 p.).

certos comportamentos e a certos sujeitos (*labeling approach*), assim como para o funcionamento da reação social informal e institucional”.⁴

Trocando em miúdos, enquanto a criminologia tradicional pretende desenvolver uma teoria geral sobre as causas sociais do crime, a criminologia crítica está preocupada em descobrir por que, numa determinada sociedade, certos comportamentos e, sobretudo, certos grupos humanos são criminalizados, em detrimento de outros.

Em suma, criam-se condições para a crítica e a denúncia do próprio sistema penal como instrumento de dominação que se exerce mediante a criminalização de certas pessoas. O Direito Penal, portanto, funciona na medida em que disponibilize e legitime as formas mais violentas de intervenção estatal a serviço de grupos hegemônicos, em franca contradição com todo e qualquer ideal democrático e socialista de justiça e igualdade.

A missão da criminologia crítica, portanto, confunde-se com a luta permanente pela descriminalização, isto é, a mais rigorosa redução possível do sistema penal. O próprio Direito Penal, nesse sentido, estaria reduzido a uma atitude de defesa. “Defesa, antes de tudo, do direito penal em face dos ataques realizados em nossos dias contra as garantias liberais asseguradas nas constituições dos Estados de Direito.”⁵

A dogmática processual penal, nessa perspectiva, deve ser capaz de criar conceitos como *jurisdição*, *processo*, *princípios*, justamente para funcionarem como verdadeiros diques de segurança que controlem e evitem ao máximo a punição. Essa, segundo pensamos, é a lógica de uma dogmática *crítica e garantista*, que reconhece que precisa trabalhar com os elementos do sistema, mas compreende que, mesmo dentro desses limites, há um grande espaço de luta que nos permite manter viva a esperança de um direito processual penal mais humano e racional.

É nessa perspectiva que pretendemos estudar os chamados sigilos constitucionais previstos no art. 5º, XII, da CF.

3 Direito à prova, verdade e sistemas processuais

Em trabalhos anteriores⁶ já sustentamos a possibilidade de compreender prova como uma espécie de *comunicação*, como troca de mensagens entre emissores (partes, testemunhas, peritos) e receptor (o juiz), que deve receber, processar, interpretar e valorar os dados que lhe são transmitidos, como etapa necessária do processo decisório.

Essa definição de prova tem em seu favor, segundo entendemos, o fato de permitir uma certa conciliação entre conceitos como objeto, ônus, meio de prova, além de tornar compreensível o próprio conceito de *elemento de prova*, já que, por *elemento* pode-se

⁴ BARATTA, A. Op. cit., p. 210-211.

⁵ BARATTA, A. Op. cit., p. 221.

⁶ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 16.

entender uma espécie de *unidade* que compõe, com outras, o chamado *conjunto probatório* de um determinado processo judicial de conhecimento. É claro que essa *unidade* nunca pode ser delimitada ou mensurada, ou seja, jamais será possível dizer que esse ou aquele elemento de prova começa aqui e termina alhures, ou que o conjunto probatório desse ou daquele processo é composto por tantos ou quantos elementos de prova. Na realidade, o conceito de *elemento de prova* traduz-se numa abstração que permite ao jurista compreender a prova como um conjunto, uma base de dados sobre o passado, construídos e transmitidos ao juiz através da linguagem.

Daí decorre que o tema da verdade processual (interpretação verdadeira do direito a ser aplicado a fatos verdadeiros) assume uma importância fundamental. Afinal, todas as demais garantias ficam completamente esvaziadas e assumem um papel puramente ideológico se, no sistema penal, o cidadão não tiver qualquer proteção contra o arbítrio judicial na identificação dos pressupostos fáticos da sanção penal.

É preciso ter em mente, contudo, que essa *verdade processual*, isto é, a verdade fática que se pretende construir através do processo, não tem e não poderia mesmo ter qualquer compromisso com o conceito vago, quase metafísico e absolutamente inatingível de *verdade real*. Trata-se, antes, de trazer para o processo penal a única forma aceitável, na ciência da atualidade, de se falar em *verdade*, isto é, num sentido meramente *aproximativo*.

Para demonstrar o que acabamos de afirmar, basta que estejamos atentos aos limites que tornam realmente impossível falar de verdade, no processo, senão nesses termos.

Tem-se primeiro que as proposições que compõem as argumentações judiciais, tanto fáticas quanto estritamente jurídicas, são insuscetíveis de verificação experimental direta, como as proposições empíricas de observação. Não podemos, por exemplo, *repetir* em laboratório o fato criminoso, para saber como ele de fato acontece; como ocorre com qualquer investigação histórica, a verdade dessas proposições pode ser enunciada somente pelos “efeitos” produzidos, quer dizer, “os sinais do passado (*pastness*), deixados no presente pelos eventos passados, dos quais aqueles descrevem a ocorrência”.⁷

Qualquer conclusão a que se chegue, dessa forma, tem, portanto, o valor de uma hipótese apenas probabilística, pois um mesmo conjunto de observações e dados historiográficos pode, não raro, admitir diversas explicações. Em suma, por mais eloquentes que sejam os dados do passado deixados no presente (depoimentos de testemunhas, indícios materiais coletados e analisados por peritos, documentos etc.), absolutamente nada nos imuniza contra a possibilidade do erro judiciário.

Além disso, é preciso ter em mente a carga específica de subjetividade do conhecimento judicial. Ainda conforme a lição de Ferrajoli, a própria subjetividade do juiz está sujeita a uma espécie de deformação profissional que lhe impõe uma forma *jurisdicizada* de ver o mundo, que muitas vezes o impede de perceber certos detalhes, considerar certas variáveis. Além disso, o juiz se vê envolvido, no processo, com as subjetividades

⁷ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 44.

dos outros atores processuais (testemunhas, peritos etc.), o que incrementa ainda mais as dificuldades na busca da verdade objetiva.

Parece claro, assim, que qualquer aspiração de alcançar uma *verdade real* milita contra a lógica já assimilada por praticamente todas as áreas do conhecimento humano, e, o que é mais grave, esconde por trás de si um discurso *decisionista* e, justo por isso, radicalmente autoritário.

Lamentavelmente, alguns setores da doutrina processual penal pátria ainda incluem a verdade real como um dos princípios do Direito Processual Penal, e chegam a apontá-lo, inclusive, como traço distintivo entre o processo penal e o processo civil. Assim, no processo não penal haveria uma preocupação com um conceito meramente formal de verdade, que seria consequência, não poucas vezes, apenas de alguns atos ou fatos processuais. Assim, se o réu não contesta a inicial no prazo, diz a Lei que os fatos narrados pelo autor devem ser tidos como verdadeiros (art. 302 do CPC). No processo penal, ao contrário, porque dominado pelo conceito de verdade real, não haveria espaço para qualquer tipo de presunção dessa ordem.

Já vimos, de forma exaustiva, até, as razões que nos impedem de sequer cogitar da existência de uma verdade real. Mas é preciso dizer, ainda, que essa tentativa de justificar a ausência de presunções no processo penal com base na verdade real é sutilmente falaciosa. Com efeito, as presunções no processo penal não podem ser admitidas, tal e qual no processo civil, por duas razões básicas: os interesses discutidos no processo penal (liberdade, fundamentalmente) são indisponíveis, de forma que, permitir qualquer tipo de presunção sobre a verdade com base no comportamento do réu, autor, vítima, ou quem quer que seja, seria o mesmo que permitir a disponibilidade desses interesses, por uma via transversa; além disso, e justamente em função das preocupações com a proteção da liberdade, o acusado deve ser *presumido* inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e qualquer outra presunção deve ceder frente a essa regra.

O perigo, note-se bem, é que esse discurso da verdade real é frequentemente utilizado para fundamentar a relativização de certas garantias, como a que proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Digamos, por exemplo, que chegou ao conhecimento de um juiz a notícia de que o acusado realmente cometeu um crime bárbaro, mas essa informação veio através de uma escuta telefônica clandestina. Tudo bem, a prova foi obtida por meios ilícitos, mas, com base na verdade real...

É preciso lembrar, mais uma vez, que não há nada que nos imunize de cometer, eventualmente, um erro judiciário. Por mais *provada* que pareça a tese acusatória, será sempre possível suspeitar dela. Por mais fiel que o juiz seja às garantias processuais, a injustiça na decisão também pode acontecer. Jamais será possível ao juiz, por conseguinte, ter a certeza absoluta de que decidiu de forma acertada ao condenar ou absolver. A única certeza que pode ter, na verdade, porque isso depende dele, em cada ato do processo, é que todas as garantias processuais foram respeitadas, e aí, ainda que venha a cometer uma injustiça, ele (e o Estado) terá pelo menos a certeza de que o erro era realmente inevitável.

É forçoso reconhecer, portanto, que também no processo penal a verdade possível é apenas a verdade processual, que está necessariamente comprometida com condições de *convalidação*, traduzidas em regras que disciplinam um método legal de comprovação processual.

Assim, falar de um modelo racional de investigação sobre a verdade fática implica falar de uma verdade processual, normatizada e estritamente vinculada à observância de certas garantias processuais. Essas garantias processuais, por seu turno, teriam como missões básicas, na lição de Ferrajoli:⁸ garantir a necessidade da prova ou verificação; garantir a possibilidade de contraprova, ou refutação; garantir a decisão imparcial e motivada por parte do juiz.

Mas, quais seriam exatamente essas garantias? De que maneira exatamente elas cumpririam essas tarefas? O conjunto dessas garantias compõe um sistema? Que lógica governaria esse sistema?

Parece claro, inicialmente, que a apresentação desses problemas fundamentais das garantias, nesses termos, supõe a adoção de uma estrutura de processo penal francamente orientado conforme o *sistema acusatório*, consagrado, inclusive, na cláusula constitucional que impõe o *devido processo legal*.

É preciso, portanto, conforme a lição de Prado,

“[...] um processo de partes, visto quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como relacionam-se juridicamente autor, réu, seu defensor e juiz no exercício das mencionadas funções”.⁹

Assim, a presença ou a ausência das ditas garantias, num dado sistema processual penal, permite, por um lado, aferir o grau de limitação ou redução do chamado *poder de disposição* dos juízes, e, por outro lado, distinguir entre sistemas mais ou menos *inquisitivos* ou *acusatórios*.¹⁰

4 Garantias, direito à prova e vedação às provas ilícitas.

Na esteira do que dissemos acima, é possível, à luz das categorias tradicionais da Teoria do Processo Penal, compreender as garantias processuais, dentro de certos limi-

⁸ FERRAJOLI, L. *Direito e razão*, p. 119.

⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*, p. 114.

¹⁰ Para Juan Montero Aroca, a distinção entre sistema acusatório e inquisitivo já não faz nenhum sentido, posto que na verdade, só em relação ao primeiro seria possível falar de processo, propriamente. Observa esse autor: “*El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso [...] El proceso acusatorio si es un verdadero proceso [...] El derecho procesal en el siglo XX*, p. 106.

tes, como manifestações, aspectos, ou faculdades compreendidas pelo chamado *direito a prova* no processo penal. Parece claro, por outro lado, que a faculdade de *provar*, isto é, de tentar convencer o juiz da verdade fática, deve ser vista, necessariamente, como manifestação específica do direito de ação, de um lado, e do direito de defesa, do outro, tudo, aliás, em perfeita consonância com a ideia de um processo de tipo acusatório, em que todas as premissas (fáticas e jurídicas) que devam ser consideradas pelo juiz no momento de sua decisão sejam construídas dialeticamente pelas partes.

É preciso ter em mente, ainda, que, se prova é a *comunicação* que as partes estabelecem com o juiz para convencê-lo de suas verdades, então é natural que um *direito à prova* seja necessariamente decomposto em duas faculdades mais gerais: o direito de *falar* de um lado, isto é, o direito de introduzir elementos de prova no universo probatório; e o direito de *ser ouvido*, isto é, o direito a que os elementos de prova sejam avaliados e interpretados corretamente pelo juiz. Tem-se, assim, postos em outros termos, os clássicos problemas da *admissibilidade* e da *valoração* da prova, como são classicamente estudados pela doutrina processual. As garantias processuais, portanto, que devem dar conteúdo ao direito a prova, em toda a sua abrangência, dizem respeito, como veremos, a uma coisa ou outra, inevitavelmente.

A admissibilidade da prova, por outro lado, pode ser estudada sob suas perspectivas distintas. Primeiro, sob o prisma da *produção*, isto é, dos canais através dos quais se permite às partes introduzir informações no processo e das formalidades que precisam ser atendidas em cada hipótese, de acordo com cada tipo de procedimento estabelecido previamente em Lei. Trata-se, na verdade, das implicações, no campo específico da disciplina jurídica da prova, do princípio do devido processo legal em sentido restrito, ou, como querem alguns, do princípio do devido *procedimento*.

O que nos interessa, entretanto, no caso específico, são as formas como foram *obtidas* as informações pela parte, antes de levá-las ao processo, em face de uma eventual violação a normas de direito material ou princípios gerais do ordenamento. Veja-se, a esse respeito, a norma do art. 5º, LVI da CF: *são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos*.

Como bem registra Gomes Filho, trata-se de um vastíssimo campo “das proibições de prova relacionadas à tutela de valores estranhos à economia interna do processo [...]”,¹¹ que decorrem, na verdade, de uma ideia consagrada em nossa cultura jurídica, conforme a qual, mesmo para alcançar a verdade, o Estado, por meio da atividade jurisdicional, não pode atropelar outros valores acolhidos pela sociedade.¹²

¹¹ *Direito à prova no processo penal*, p. 98.

¹² Não iremos tratar, aqui, da exclusão de provas por motivos lógicos (relevância ou pertinência), posto que muito embora constituam o tema geral da admissibilidade das provas, não resultam, propriamente, de proibições embasadas em garantias contra o poder punitivo, e extrapolam, assim, aquilo que seria elemento *específico*, de uma dogmática garantista da prova penal. Na verdade, nem os sistemas de direito penal mínimo, tampouco os sistemas de direito penal máximo (os últimos principalmente) dispensam normas que visem evitar o dispêndio desnecessário de esforços do aparelho judicial na busca da verdade.

5 Ilicitude da prova, proteção à intimidade e sigilos constitucionais

Tudo o que se disse acima constitui o pano de fundo teórico-crítico ao qual deve estar circunscrita a temática dos sigilos constitucionais, previstos no já mencionado art. 5º, XII, da CF.

Quem se der ao trabalho de pesquisar em obras monográficas, artigos e decisões de tribunais superiores, verá que existe ainda muita incerteza e instabilidade na aplicação do dispositivo acima citado e, o que é pior, uma tendência à construção de lugares comuns que abrem espaço para a atuação de um *decisionismo* judicial perigosíssimo e totalmente incompatível com as noções mais elementares de democracia.

Um dos vetores que contribui para a formação desse quadro, sem dúvida alguma, vem da própria estrutura *sintática* do texto constitucional. Isso porque, se o sigilo das comunicações telefônicas é o único que pode deixar de ser inviolável e pode ser quebrado para fins de investigação ou instrução criminal, na forma da Lei e mediante autorização judicial, então a consequência lógica que se impõe, lendo o dispositivo *a contrario sensu*, é que os demais sigilos (correspondência, dados e comunicações telegráficas) são absolutamente invioláveis, isto é, não poderão ser quebrados nem mesmo nas hipóteses e condições já mencionadas.¹³ Essa interpretação, contudo, tem sido frequentemente rechaçada, sob o argumento de que não há direito fundamental absoluto, um antigo dogma da doutrina constitucionalista.

Conforme a hipótese que sustentamos, existe aí, na verdade, uma série progressiva de falácias interpretativas que desafiam frontalmente o princípio da *proporcionalidade* e precisam ser urgentemente trazidas à luz. Para tanto, contudo, será necessário um breve cotejo entre as várias espécies de sigilo, a começar da quebra do sigilo das comunicações telefônicas, única autorizada expressamente pelo Constituinte.

5.1 Sigilo das comunicações telefônicas

A Lei nº 9.296/96 foi criada para regulamentar o art. 5º, XII, da Constituição, estabelecendo os requisitos e o procedimento para as chamadas interceptações telefônicas. Assim, dispõe o art. 1º, da referida Lei que a interceptação telefônica será decretada “[...] *para prova em investigação criminal e em instrução penal [...] pelo juiz competente para a ação principal*”. No parágrafo único desse artigo consta, ainda, que: “*disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*”.

O art. 2º, por seu turno, interpretado *a contrario sensu*, exige: (a) que haja indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com reclusão; (b) que fique demonstrado que a prova não pode ser feita de outro modo; (c) que seja delimi-

¹³ Nesse sentido: GOMES FILHO, A. M. Op. cit., p. 123.

tado o objeto da investigação e indicada, pelo menos, ou qualificada, quando possível, a pessoa investigada.

O art. 5º, como se vê, estabelece que a interceptação “*não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*”.

Como sabemos, o próprio texto constitucional prevê a possibilidade de quebra do sigilo telefônico pelo juiz, o que nos obriga a aceitar a sua existência. Resta saber, contudo, dentro de que limites a Lei nº 9.296/96 é realmente compatível com a norma constitucional que pretendia regular e quais as consequências que podem surgir das eventuais incompatibilidades.

O art. 3º da Lei nº 9.296/96, como sabemos, permite que a medida seja decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial. O citado dispositivo, segundo pensamos, viola frontalmente o princípio do devido processo legal, na medida em que, a um só tempo, contradiz as duas mais evidentes características do sistema acusatório de processo penal: juiz imparcial, e partes parciais, em igualdade de condições. Se a quebra do sigilo tem sido compreendida como medida jurisdicional cautelar, dentro de um modelo processual acusatório só poderia ser deferida a requerimento das partes, jamais de ofício ou por representação da autoridade policial (que não é parte, evidentemente).

Abstraído, contudo, o problema da decisão de ofício, há ainda outra questão relacionada à atuação do juiz na interceptação: mesmo nos casos em que a medida seja requerida pelo Ministério Público, o juiz que deferiu a quebra do sigilo não terá comprometida a sua imparcialidade para processar e julgar a causa? As coisas poderiam ser resolvidas, conforme a lição de Prado,¹⁴ se existisse no nosso ordenamento a figura do juiz de garantias, isto é, aquele com competência somente para decidir sobre medidas que importem em restrição de direitos fundamentais. O texto legal, todavia, reza que o juiz que deve decidir sobre a quebra é o juiz competente para a ação principal.

Por outro lado, não há nada que justifique que uma medida cautelar de obtenção de prova esteja disponível apenas para a acusação, e não para a defesa. Com efeito, os argumentos propostos em defesa dessa inaceitável unilateralidade não convencem. Chega-se a sustentar essa tese com fundamento na *excepcionalidade* própria de toda medida cautelar. A interceptação, assim, não poderia ser *vulgarizada* com a sua utilização indiscriminada.¹⁵ Há, contudo, uma indisfarçável falácia nesse raciocínio, já que a excepcionalidade, na verdade, deve decorrer do rigor do juiz em decidir sobre a necessidade da medida em cada caso e não exatamente do número de sujeitos processuais que, em tese, poderão requerê-la.

Ademais, a interceptação telefônica, por força do art. 1º da Lei respectiva, deve ser sigilosa, sobretudo em face do investigado, pois, do contrário, é claro que seria totalmente inócua como instrumento de investigação. O art. 5º, por outra senda, não

¹⁴ PRADO, Geraldo. Op. cit., p. 55.

¹⁵ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei nº 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 121.

obstante estabeleça um prazo de 15 dias para a duração da interceptação, permite a sua prorrogação, a critério do juiz, sem estabelecer qualquer limite, no particular. Trata-se, assim, de medida cautelar *inaudita altera parte*, ou seja, decretada sem ouvir a outra parte, e executada sem o seu conhecimento, e, como querem alguns, por tempo indeterminado (desde que sejam renovados os prazos pelo juiz).¹⁶ Não é possível deixar de ver nessas regras graves problemas, para não dizer violações a outros princípios, como o contraditório e a ampla defesa. Afinal, como o acusado poderá resistir e se opor à medida se dela não tem conhecimento? Como poderá fazer a crítica e a contraprova oportuna dos elementos colhidos durante a interceptação? A explicação normalmente apresentada pela doutrina não convence. Como regra, trabalha-se com o conceito de contraditório *diferido* ou *postergado*. Isto é, o controle sobre a legalidade da decisão que autorizou a medida, bem assim o acesso e a refutação das informações colhidas poderão ser feitos num momento posterior. Curiosamente, contudo, não se enfrenta uma questão crucial e aparentemente elementar: diante da gravidade das consequências de uma interceptação telefônica, será possível compatibilizar a ideia de *contraditório diferido* com a exigência de uma defesa ampla e efetiva? Como fiscalizar, por exemplo, no momento da realização da interceptação, a atuação dos agentes responsáveis pela realização da diligência? Como evitar que informações que não interessem ao acusador sejam omitidas? Como evitar edições comprometedoras?

Parece claro, desse modo, que a interceptação telefônica, da forma como está tratada pela legislação infraconstitucional, fere frontalmente inúmeros dispositivos da Constituição Federal. É preciso reconhecer que, mal ou bem, a medida está prevista na Constituição Federal, que deferiu à lei ordinária a tarefa de regulamentar o instituto. Mas isso não significa, absolutamente, que o constituinte emitiu uma espécie de cheque em branco. Antes, cabia ao legislador ordinário elaborar um diploma legal que tornasse a medida viável, mas sempre dentro dos limites impostos pelos princípios do Direito Processual Penal, inscritos na Constituição Federal. Se não é assim, é forçoso reconhecer que a norma constitucional que excepciona a proteção ao sigilo telefônico ainda não encontrou regulamentação adequada. Trata-se, pois, de norma válida e vigente, mas sem eficácia no sentido técnico.

Não se pode negar, entretanto, que referidas normas cumprem uma importante função de garantia ao restringir a medida, reservando-a a certas infrações penais (punidas com reclusão) e limitando-a somente àquela infração noticiada pelo requerente e às pessoas indicadas como supostos autores. Daí decorre, primeiro, que o encontro fortuito de informações sobre outros fatos ou sobre outras pessoas só pode ser aproveitado para infrações penais conexas à que se pretende investigar.¹⁷ Qualquer outro achado,

¹⁶ Nesse sentido, recente decisão do STJ, no RHC 13.274 RS.

¹⁷ Nesse sentido: GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*: Lei nº 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 192-195. Em sentido contrário, admitindo a utilização da interceptação para infrações não conexas, PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

portanto, deve ser entendido apenas como *notícia de crime*, imprestável para dar base a uma acusação, mas apta apenas a permitir que sejam realizadas outras investigações a partir dela. Ademais, as informações obtidas com a escuta telefônica não podem ser utilizadas como *prova emprestada* em outro processo – de natureza penal ou não penal.¹⁸ A regra do § 5º, contudo, tem sido interpretada pelos tribunais superiores de uma forma extremamente perigosa, tolerando a prorrogação sucessiva do prazo de 15 dias, independentemente de nova decisão judicial, o que acabou transformando o dispositivo em letra morta. Por fim, é preciso ter em mente que a regra do art. 1º, parágrafo único, ao estender a aplicação da Lei às comunicações estabelecidas através de sistemas de informática e telemática, para alguns, representa um excesso em relação ao que foi autorizado na Constituição.¹⁹

5.2 Sigilo de dados e da correspondência

Não há como iniciar esse tema sem voltar a discutir a natureza absoluta ou relativa dos demais sigilos constitucionais.

Constatamos, inicialmente, que a própria Constituição limita a possibilidade de quebra (dadas certas circunstâncias) ao sigilo das comunicações telefônicas, o que tornaria os outros absolutamente invioláveis. Contra esse caminho de interpretação, tem-se oposto que todo direito individual é relativo, inclusive aqueles previstos na Constituição e tidos como fundamentais – que, exatamente porque relativos, podem sofrer alguma restrição por parte da legislação infraconstitucional. Assim, a regra para essas informações (dados sensíveis) seria de fato o sigilo, que pode ser quebrado, dependendo, contudo, de expressa previsão legal e autorização judicial. É o que ocorre com o caso específico do sigilo bancário, regulado expressamente pelo art. 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105,²⁰ e com o sigilo fiscal, nos termos do art. 198, § 1º, II, do CTN. Mais recentemente, foi sancionada a Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet), que regulamenta o sigilo de dados na internet na forma seguinte:

¹⁸ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei nº 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119.

¹⁹ Para Gomes Filho, A. M., “a inconstitucionalidade é manifesta, posto que o legislador teria excedido à autorização constitucional, que só permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas”. Op. cit., p. 125. Já para Luiz Flávio Gomes, “a extensão seria condizente com a *ratio legis* que inspirou a própria norma constitucional, e com a própria evolução das tecnologias de comunicação”. *Interceptações telefônicas*, p. 167-171.

²⁰ Conforme dispõe o art. 1º, § 4º, da referida Lei, *in verbis*: Art. 1º [...] § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV – extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, Diretos e valores; IX – praticado por organização criminosa.

“Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I – fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III – período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro”.

Mas há mesmo quem sustente que a exigência de previsão legal estaria satisfeita, de forma genérica, por conta dos dispositivos inseridos na legislação institucional do MP que lhe asseguram a prerrogativa de requisitar informações de instituições públicas e privadas.²¹

No caso do sigilo epistolar, entretanto, a ameaça à intimidade e à vida privada vai ainda mais longe, uma vez que, conforme assentado pela jurisprudência nesses casos, não se exige nem mesmo previsão legal (que efetivamente não existe) ou autorização judicial. Nos termos do *decisum* que coletamos apenas como amostra:

“A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação de ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.”²²

5.3 Sigilos e proporcionalidade

Em vista desse cenário, a hipótese que sustentamos é de que o tratamento que se tem dispensado aos sigilos constitucionais, por parte da doutrina e jurisprudência dominantes, desafia o chamado *princípio da proporcionalidade* em pelo menos dois níveis superpostos. Vejamos.

²¹ GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 103.

²² HC 70.814-5-SP.

Hoje largamente aceito, o princípio tem sido pela doutrina constitucionalista como sendo uma espécie de baliza fundamental a ser observada pelos que exercem o poder, exigindo uma relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são perseguidos pelos órgãos do Estado.

Segundo Bonavides, citando Muller:²³

“Nesta última acepção [...] há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fins é particularmente evidente.”²⁴

Registre-se, ademais, que o princípio da proporcionalidade encontra-se indubitavelmente positivado no nosso direito constitucional, visto que,

“Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da constituição [...].”²⁵

Se de um lado parece evidente que a temática das proibições de prova se funda na necessidade de assegurar a mais correta reconstrução dos fatos, de outro ressalta a ideia de que a atividade probatória deve ser limitada, em face da tutela conferida pelo ordenamento a outros valores que, à luz do princípio da proporcionalidade, se sobrepõem à busca da verdade judicial.²⁶

É exatamente aqui, note-se bem, que começam as distorções observáveis no tratamento conferido aos sigilos. Isso por que determinados setores da doutrina e da jurisprudência têm extraído dessa verdade, aqui e ali, conclusões extremamente perigosas. É que, se a opção entre a busca da verdade e a defesa das garantias individuais se traduz numa questão de *proporcionalidade*, em alguns casos seria mais conveniente sacrificar o direito individual em favor de um interesse social mais elevado. Assim, na hipótese de prova ilícita de um crime de furto (art. 155 do CP), por exemplo, estaria em jogo, de um lado a intimidade e, do outro, o patrimônio, devendo prevalecer a proteção à intimidade. Num caso de homicídio, todavia, deveria prevalecer o bem jurídico vida e, dessa forma, a prova ilícita poderia ser aceita – já que a vida, sem dúvida, é mais preciosa do que a intimidade de quem quer que seja.

O que percebemos, entretanto, é que por trás desse raciocínio existe uma tentativa equivocada de distorcer o conteúdo do princípio da proporcionalidade, uma verdadeira

²³ MULLER, Pierre, *Zeitschrift für Recht*, Band 97, 1978, Basel, p. 531, apud BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, p. 457.

²⁴ BONAVIDES. Op. cit., p. 357. Na mesma linha, CANOTILHO. Op. cit., p. 262-261.

²⁵ BONAVIDES, p. 396.

²⁶ GOMES FILHO, A. M. Op. cit., p. 124.

porta larga, segundo a lição de Gomes Filho,²⁷ para a banalização dos direitos e garantias individuais e um atentado à presunção de inocência. Primeiro porque, para proceder à comparação dos interesses em conflito, o juiz fará, necessariamente, um prejulgamento (condenatório) sobre o fato atribuído ao acusado: para dizer que estão em jogo a vida e a intimidade, no exemplo acima citado, o juiz tem que estar previamente convencido de que houve de fato o homicídio e de que o acusado foi o seu autor. Depois, porque a própria comparação que se pretende fazer nesses casos, entre a privacidade e o bem jurídico penalmente tutelado pela norma jurídica, repousa numa premissa falsa, uma vez que, cometido o delito, já não haverá bem jurídico algum a proteger. O conflito que pode existir, a bem da verdade, é entre a intimidade do acusado e o interesse do Estado em aplicar uma sanção. Por fim, após o estudo que fizemos sobre a verdade processual, podemos afirmar que a estrita observância das garantias processuais constitui um verdadeiro pressuposto do conceito de verdade, e não é possível falar de verdade fora desses limites.

É exatamente assim, note-se, que se tem procedido em relação ao sigilo da correspondência.

Mas existe ainda um outro problema: ainda que se admita que o sigilos da correspondência e de dados não são absolutos, o mínimo que se podia esperar, nesses casos, é que a quebra estivesse vinculada e dependesse da demonstração de requisitos pelo menos tão rígidos quanto àqueles previstos para a quebra do sigilo telefônico.

De fato, a Lei nº 9.296/96, já referida, estabelece uma série de requisitos para que a quebra do sigilo telefônico, dentre os quais, como veremos, que a informação desejada não possa ser obtida pelos meios ordinários. Além disso, há ainda uma série de limitações temporais e materiais para a utilização da informação, bem como a previsão de sanções para o uso indevido da informação que vier a ser colhida. Veja-se, assim, que interessante paradoxo: para o tipo de sigilo que o constituinte julgou conveniente excepcionar, a lei infraconstitucional tratou de criar algumas garantias mínimas, ao passo que, para o sigilo de dados, que a Constituição não excepcionou (e que tem estado no centro das preocupações e dos debates contemporâneos em torno da proteção à intimidade e da vida privada), o que se vê é uma inaceitável tolerância, sempre sob o argumento – falacioso, no caso – que invoca a natureza relativa dos direitos fundamentais.

Tal circunstância, aliás, torna a o controle jurisdicional sobre tais medidas totalmente estéril. No caso do sigilo bancário, por exemplo, nos termos da LC nº 105, para que isso seja possível basta que seja necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, especialmente em certos crimes como terrorismo, tráfico, etc. Como se manifesta aqui o *fumus boni iuris*? E o que dizer do *periculum in mora*? Será possível, de fato, relativizar a vedação constitucional à quebra do sigilo de dados sob o singular argumento de que isto é necessário para investigar qualquer tipo de crime? Nos casos de quebra de sigilo fiscal, aliás, a situação é ainda

²⁷ Ibidem, p. 105-106.

mais complicada, uma vez que a quebra pode ser autorizada desde que haja “requisição da autoridade judiciária no interesse da justiça”, nos termos do art. 198, § 1º, I, do CTN.

Por tudo isso, parece mesmo haver uma violação do princípio da proporcionalidade em outro nível, na medida em que se permite que os sigilos ditos “absolutos” podem ser quebrados, em tese, conforme requisitos muito mais “frouxos” do que o sigilo considerado “relativo”.

6 Conclusões

- a) Doutrina e jurisprudência dominantes, de um modo geral, entendem cabível a quebra do sigilo de dados e da correspondência, a despeito do que dispõe o art. 5º, XII, da CF.
- b) O argumento normalmente utilizado para tanto é recolhido da doutrina dos direitos fundamentais, segundo a qual não existe direito fundamental absoluto, de forma que a, a depender das circunstâncias, tendo em vista a natureza dos interesses em conflito, podem sofrer restrições, desde que haja previsão legal para tanto, e autorização judicial.
- c) No caso do sigilo da correspondência, entretanto, nem mesmo esse argumento acode a quebra do sigilo, já que não existe previsão legal expressa nesse sentido.
- d) O argumento parece ignorar, ainda, que a própria garantia da vedação às provas ilícitas é o produto de uma ponderação do próprio constituinte entre o direito do Estado de investigar crimes e outros valores que a própria ordem constitucional protege, tal como a intimidade e a vida privada do indivíduo.
- e) Além disso, ao propor a ponderação entre a intimidade e o bem jurídico supostamente violado pelo acusado na prática delitativa, viola-se o princípio da presunção ou estado de inocência. Condena-se antes, para considerar a prova lícita, e não o contrário, como impõe a noção ais elementar de devido processo legal.
- f) Por fim, tem-se uma segunda distorção do princípio da proporcionalidade, uma vez que os requisitos para a quebra de sigilos “absolutos” acabam bem mais “frouxos” do que aqueles estabelecidos para a quebra do sigilo telefônico.

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.
- _____. *Vigiar e punir*. Tradução de Raquel Ramallete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luis Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei nº 9.296, de 24.7.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1989.
- MONTERO AROCA, Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 142 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

Como citar este artigo:

DUCLERC, Elmir. Sigilos constitucionais, prova ilícita e proporcionalidade. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 185-201, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.10>

DIREITO E PROCESSO PENAL JUNTOS? (DES)CAMINHOS DO ENSINO JURÍDICO

*Alexandre Morais da Rosa*¹

RESUMO

O artigo se propõe a discutir a proposta de ensino conjunto de Direito e Processo Penal, bem assim Criminologia, desde uma perspectiva crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino. Direito. Penal.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the joint teaching of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminology, from a critical perspective.

KEYWORDS: Teaching. Law. Criminal.

I. Introdução

Odefredus, professor de Direito Medieval, segundo Harold Berman,² apresentava o “Digesto” como livro sagrado dos juristas e, como tal, havia um método próprio de ensinar:

“Em primeiro lugar, eu fornecerei sínteses de cada um dos títulos – do Digesto – antes de proceder ao texto. Depois, eu darei exemplos o mais clara e explicitamente que puder, das regras individuais (contidas no título). Em terceiro lugar, eu repetirei brevemente o texto visando corrigi-lo. Em quarto lugar, eu repetirei sinteticamente os conteúdos dos exemplos (das regras). Em quinto lugar, eu resolverei as contradições, adicionando princípios gerais comumente denominados brocardia e distinções de problemas úteis e sutis, com a sua respectiva solução, se assim me permitir a Divina Providência.”

¹ Doutor (UFPR). Professor Adjunto de Processo Penal na UFSC. Email: alexandremoraisdarosa@gmail.com.

² BERMAN, Harold. Direito e Revolução: a formação da tradição jurídica ocidental. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 66.

Embora possa aparentar ser uma descrição histórica, na verdade, este modelo permanece sendo o padrão nas “escolas de Direito” espalhadas no país. Assim, este texto procura dialogar, com base na proposta de Maíra Rocha Machado e Marta Rodrigues de Assis Machado,³ ou seja, do ensino conjunto do direito e do processo penal no contexto contemporâneo, sobre as possibilidades de superação do ensino compartimentado, desde uma perspectiva que possa significar um saber transversal.⁴

Roberto Lyra Filho indagava-se, na década de 1980,⁵ sobre as (im)possibilidades do Ensino do Direito, especialmente no ambiente de pouca atmosfera democrática que permeava o Brasil. Passados mais de 30 anos da indagação, pode-se apontar que na grande maioria das “escolas” de Direito a manutenção do modelo medieval de ensino permanece, “como se” as questões sociais, a nova ordem constitucional, os influxos do neoliberalismo não fizessem tensão, a saber, “como se” o Direito Penal continuasse mera disciplina de tipos penais e o processo penal sua operacionalização prática, desconsiderando-se, ademais, a Criminologia.

Este artigo, também, decorreu do fato de se ter cursado disciplina ofertada pelo Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues na pós-graduação em Direito da UFSC, a partir da qual as práticas em sala de aula impelidas pelo *senso comum teórico*⁶ fizeram questão, isto é, não se podia mais sustentar, nos mesmos moldes, o ensino da disciplina que ministro – Processo Penal. De sorte que este artigo é a reflexão das possíveis alterações que se implementará no decorrer do curso, em 2011.

³ MACHADO, Rocha Maíra; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Do fato ao crime, do crime à pena: o estudo conjunto de Direito Penal e Processo Penal. In: GHIRALDI, José Garcez; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. *Ensino jurídico participativo: construção de programas, experiências didáticas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-26.

⁴ Não se desconhece a existência de outras perspectivas de abordagem, nem mesmo de diferentes possibilidades de crítica. Conferir: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e mercado de trabalho*. Campinas: Julex, 1988; FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000; LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, Hoje?* Brasília: Nair, 1984; MONDARDO, Dilsa. *20 Anos Rebeldes: o direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

⁵ LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar Direito, Hoje?* Brasília: Nair, 1984: “Os juristas, numa forma geral, estão atrasados de um século, na teoria e prática da interpretação e ainda pensam que um texto a interpretar é um documento unívoco, dentro de um sistema autônomo (o ordenamento) jurídico dito pleno e hermético e que só cabe determinar-lhe o sentido exato, seja pelo desentranhamento dos conceitos, seja pela busca da finalidade, isto é, acertando o que diz ou para que diz a norma abordada.”

⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995, p. 15: “Os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam-se certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.”

II. Os movimentos contemporâneos do sistema de controle penal

Ainda que se possa apontar movimentos de renovação nos campos do Direito e Processo Penal, bem como Criminologia,⁷ as tensões contemporâneas não são apresentadas no contexto da graduação do Curso de Direito. De regra o ensino é balizado por uma noção eminentemente dogmática e que se apresenta como mera técnica normativa. Por isto a necessidade de se buscar realinhar as coordenadas em que o discurso jurídico se efetiva, especialmente em cotejo com as alterações do modelo econômico. Isso porque o discurso neoliberal,⁸ hoje hegemônico, implica a modificação de diversos axiomas indicados pelo Direito herdado da Modernidade, com reflexos na maneira como o Sistema de Controle Social se organiza e deve(ria) ser ensinado.

Não se nega que o Sistema de Controle Social é necessário para que a Sociedade possa ter uma estabilidade mediadora da violência constitutiva,⁹ a qual pode se dar mediante ações positivas ou negativas. As primeiras implicam ações capazes de prevenir a ocorrência de condutas desviantes, enquanto as segundas apresentam uma resposta estatal em face da violação de algum bem jurídico. As agências de controle são variadas e não se restringem ao Sistema Penal, mas contam com sistemas de assistência social,¹⁰

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; BINDER, Alberto M. *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000, p. 70.; BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; NASSIF, Aramis. *Sentença penal: o desvendar de Themis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; COELHO, Edihermes Marques. *Manual de direito penal: parte geral: a dogmática penal numa ótica garantista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da constituição*. São Paulo: Edipro, 1999; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002; PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003; BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. Lumen Juris, 2006; ROXIN, Claus; ARZT, Gunter; Tiedemann. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁸ Com a proeminência das questões econômicas no mundo atual as relações entre Direito e Economia não são mais complementares, dado que o Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente pragmática de custos/benefícios (*pragmatic turn*).

⁹ GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁰ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001; WERNECK VIANNA, Luiz. *Esquerda brasileira e tradição republicana: estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

saúde, educação, psicológico, religioso, familiar, dentre outros, os quais deveriam agir desde uma perspectiva coletiva de respeito e fomento da dignidade da pessoa humana.¹¹ Entretanto, houve uma mutação constitutiva dessas agências de controle ampliando o raio de atuação do Direito Penal – expansionismo¹² – acompanhado de uma mitigação dos Direitos e Garantias individuais em nome da eficiência.¹³

Diante de um comportamento desviante, em desconformidade com o que é tutelado, cabem respostas estatais, desde aplicação de restrições e sanções administrativas até penas privativas de liberdade. Essa modalidade de resposta estatal, todavia, deve ocorrer como último recurso. Para isso o Direito Penal estabelece os limites de intervenção do Estado na esfera privada mediante a fixação de princípios e regras que regularão a possibilidade e a forma pela qual as sanções penais acontecerão numa Democracia.¹⁴ Esses limites do Sistema Penal encontram-se balizados no plano supranacional pelas normas de Direitos Humanos e no plano interno pela Constituição e a legislação infraconstitucional respectiva. A questão que se coloca é: no atual estado da arte ocorre uma inflação abusiva e banalizadora do Direito Penal,¹⁵ mediante a criminalização excessiva da vida cotidiana e, de outro lado, uma flexibilização abusiva das garantias processuais, atendendo-se, dentre outros fatores, aos custos do Sistema de Controle, bem como aos anseios políticos da maioria.

Sabe-se, por sua vez, que o Poder Judiciário deve(ria) exercer uma função contramajoritária no sentido de impedir que uma maioria eventual avance sobre a esfera do indecível, ou seja, os Direitos Fundamentais.¹⁶ A política criminal entendida como o poder de definição das condutas constantes na criminalização primária, não é ilimitada, isto é, deve estar atrelada a proteção de bem jurídico. Não se pode, pois, proteger situações etéreas e que não correspondam a condutas verificáveis no mundo da vida, pois não se pode criminalizar a pessoa. Entretanto esta função acaba sendo desqualificada em nome de políticas criminais totalitárias, como da “Lei e da Ordem”. Enfim, ao invés de se buscar no espaço da política encaminhamentos democráticos, diante da pretensão de agradar ao público, fomenta-se em todos os ramos partidários, um discurso acríptico de agigantamento do Sistema Penal. Raro é o político que se posta na contramão da criminalização da vida cotidiana, pois esse discurso não ganha aprovação coletiva e leva

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹² SILVA SANCHES, Jesús María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

¹³ MORAIS DA ROSA, Alexandre; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. O texto aprofunda as reflexões alinhadas nesse tópico.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

¹⁵ BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, nº 12, p. 163-166, 2002, p. 166.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 22-23.

à perda de votos. Wacquant bem expressa o *slogan*: “‘tranque-os e jogue fora a chave’ torna-se o *leitmotiv* dos políticos de última moda, dos criminólogos da corte e das mídias prontas a explorar o medo do crime violento (e a maldição do criminoso) a fim de alargar seus mercados”.¹⁷ Os programas ‘sangue-show’ são conduzidos por jornalistas que se submetem às expectativas mais primitivas do humano, indicadas por Juvenal: pão e circo.¹⁸ A fascinação pela barbárie encontra na mídia *delivery* seu melhor canal para o embrutecimento humano, sua *servidão voluntária*,¹⁹ conforme sustenta Sloterdijk:

“Durante a época do Império [Romano], a provisão de fascínios bestializadores para as massas romanas havia se tornado uma técnica de dominação indispensável, rotineiramente aprimorada, e que, graças à fórmula ‘pão e circo’ de Juvenal, persiste até hoje na memória.”²⁰

Nesses casos, surgem sempre os ‘*fast-thinkers*’ capazes de emitir comentários pseudocientíficos, sem qualquer análise mais detida dos fatos, *armando-se* (este é o termo), ao depois, *debates verdadeiramente falsos ou falsamente verdadeiros* nos quais a encenação é patética e o resultado conhecido de antemão. Afinal, o patrocinador não pode ter sua imagem prejudicada. A moral vedete surge nos discursos moralizantes e normatizadores, enunciados pelos Juízes Midiáticos, nos quais as garantias penais e processuais são francamente vilipendiadas.²¹ Assim, cria-se um círculo vicioso entre mídia e política,

¹⁷ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 74: “E a mesma busca do sensacional, portanto do sucesso comercial, pode também levar a selecionar variedades que, abandonadas às construções selvagens da demagogia (espontânea ou calculada), podem despertar um imenso interesse ao adular as pulsões e as paixões mais elementares (com casos como os raptos de crianças e os escândalos capazes de suscitar a indignação popular), ou mesmo formas de mobilização puramente sentimentais e caritativas ou, igualmente passionais, porém agressivas e próximas do linchamento simbólico, com os assassinos de crianças ou os incidentes associados a grupos estigmatizados.”

¹⁹ LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41: “Os teatros, jogos, farsas, espetáculos, lutas de gladiadores, animais estranhos, medalhas, quadros e outros tipos de drogas, eram para os povos antigos os atrativos da servidão, o preço da liberdade, as ferramentas da tirania. Os antigos tiranos possuíam este meio, esta prática, estes atrativos, para iludir os súditos sob seu jugo. Assim, os povos, enlouquecidos, achavam belos esses passatempos, entretidos por um vão prazer, que lhes passava diante dos olhos, e acostumavam-se a servir como tolos, mas piores do que as criancinhas que, para ver as imagens reluzentes dos livros iluminados, aprendem a ler.”

²⁰ SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000, p. 18.

²¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14: [com a abertura, pós-ditadura] “[...] um imenso contingente de profissionais e amadores do jornalismo, do rádio e da televisão assumiram o papel de juízes paralelos para o efeito de noticiar, comentar e julgar antecipadamente os fatos delituosos no pressuposto de que assim o fazem na defesa da sociedade. [...] Além da ofensa ao princípio da dignidade humana, os apóstolos da salvação pública também violentam a presunção de inocência em favor da presunção de culpa”.

com interesses não ditos e ideológicos, pelos quais o sentido do discurso garantista perde sua densidade coletiva.²² Não raro qualquer pretensão de garantias é colocada na conta de liberais não preocupados com a dita “escalada da violência”. E este discurso produz normas penais, invocadas em nome do “medo”.²³ Neste panorama, brevemente delineado, encontra-se o ensino e a prática do Direito e do Processo Penal no Brasil.²⁴

Assim é que o Direito e o Processo Penal herdados da Modernidade encontram-se, pois, em tensão. As categorias e os traços específicos de cada campo do saber antes tidos como universais precisam, agora, de acomodações em face do sistema cultural em que são aplicados, em dois níveis. No nível coletivo/social mediante o reconhecimento da alteração no modo de produção contemporâneo, a saber, pela superação do dilema liberalismo *versus* socialismo, em nome do “pensamento único” neoliberal. No nível individual a categoria sujeito, antes tida como universal, também precisa de modulações, daí decorrendo todo o debate da “culpabilidade”, por exemplo. Neste quadro o ensino e a prática do Direito e Processo Penal, aliados à compreensão atual da Criminologia Crítica precisam se reconhecer como integrantes do Sistema de Controle Social em que as questões demandam o transpassamento dos respectivos campos, sem perder a especificidade.²⁵ Dito de outra forma, embora se mantenham os campos como saberes autônomos resta impossível ensinar-se o Direito, o Processo e a Criminologia sem uma profunda identificação de finalidades, numa verdadeira fusão de horizontes.²⁶ Essa fusão de horizontes, todavia, não pretende abolir as diferenças justamente por reconhecer que é a partir da manutenção do diálogo profícuo que se pode analisar, quem sabe, o Sistema de Controle Social desde novas coordenadas simbólicas.

A demanda mais comum hoje é a de segurança, manipulada por interesses ideológicos, que acaba encontrando no Sistema de Controle Social o seu único caminho. Esse caminho equivocado parte de uma noção de que ao Estado compete fazer com que os sujeitos e o Mercado – esse novo componente do contexto contemporâneo – possam se

²² ARBEX JR, José; TOGNOLLI, Claudio Julio. *O século do crime*. São Paulo: Boitempo, 1998, p. 217-218: “A indústria cinematográfica apropriou-se de maneira muito curiosa dessa perversa equação. Nos enlatados de Hollywood, é o detetive que aparece glamourizado como o grande aventureiro, quando o que ele faz, na verdade, é defender a lei e a ordem, isto é, a mais absoluta rotina, o oposto da aventura. [...] Uma das saídas para dar credibilidade à imagem do herói ‘higiénico’ é transformá-lo em robô programado para obedecer à lei, isto é, desumanizá-lo. É o caso de Robocop. O grande problema desses ‘heróis programados’ é que eles aniquilam o único momento em que, de fato, a aventura está na lei: é a opção, que deve ser diariamente testada, por manter os princípios éticos acima da corrupção, do apelo à violência fácil e das incongruências do dia a dia. Aí reside, na verdade, a surpresa, o inesperado, a quebra da rotina.”

²³ PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

²⁴ BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do Sistema Penal*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2009.

²⁵ JOBIM, Augusto. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder de punir*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2008.

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 949.

sentir felizes. Esta felicidade não se reduz mais ao sujeitos, pois há a profusão de um discurso metafísico do Mercado, o qual é capaz de estar “calmo”, “agitado”, “nervoso”, conforme nos apresentam os meios de comunicação, sem que se perceba, contudo, que as condições para que o Mercado e o Sujeito se sintam tranquilos não são, em definitivo, as mesmas. É preciso entender que as coordenadas que ligam a noção de tranquilidade individual encontram-se condicionadas ao contexto econômico e esse não leva em consideração o sujeito. Para o discurso econômico a estabilidade das relações de Controle Social assume uma característica específica: serve para diminuir as externalidades do custo das relações comerciais. Assim, seria ingênuo pensar que as alterações e conformações atuais não guardam, em si, fundamentos econômicos não ditos. Sobre esta relação intensa e negada é que, talvez, valha a pena seguir o caminho. Não numa perspectiva sectária, nem muito menos de antagonismos. Cabe à dogmática crítica a função de reconstruir os alicerces Democráticos de um Direito e Processo Penal capazes de retomar o lugar e a função de garantia.

A superação da noção de Soberania no contexto do Direito Transnacional implica a releitura de diversas noções herdadas da Modernidade, especialmente a de Soberania, a saber, do poder de estabelecer as normas jurídicas válidas no território nacional,²⁷ em um ambiente mundializado pela proeminência do condicionante econômico neoliberal. Isso porque, segundo Allard e Garapon: “O Direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada.”²⁸ Neste contexto e articulando as repercussões desta constatação no campo do Direito e do Processo Penal, bem assim da Criminologia, influenciadas ainda pelo discurso da *Law and Economics*, baseado em Posner,²⁹ pretende-se apontar para a necessidade do (re)estabelecimento de um novo sentido e função do Direito e do Processo Penal no Estado Democrático de Direito.³⁰

Nesse contexto há uma manifesta tensão entre o Direito “Continental” e o “Direito Anglo-Saxão”. Os institutos próprios de cada um dos Sistemas acabam sendo intercambiados sem a devida aproximação democrática, isto é, as novidades legislativas,

²⁷ BECK, Ulrich. *O que é Globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 18: “A sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização – e isto não apenas em sua dimensão econômica –, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência.”

²⁸ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 7.

²⁹ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2003; *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995; *Law and legal theory in the UK and USA*. New York: Oxford University Press, 1996; *Law and literature*. Cambridge: Harvard University Press, 1998; *The little book of plagiarism*. New York: Phatheon, 2007; *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

³⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

são implementadas em tradições filosóficas distintas, daí a perplexidade de muitas das alterações legislativas recentes (v. g. Delação Premiada). Não se trata de reconhecer que a tradição Continental é melhor ou pior, dado que essa discussão é inoperante. O que importa é que as tradições implicam em práticas e modos de pensar diferenciados. Enquanto no modelo Continental a formalidade acaba sendo uma garantia, diante de uma compreensão diferenciada de processo como procedimento em contraditório, no modelo anglo-saxão se reconhece uma função coletiva, vinculada ao interesse público. Dito de outra forma, o processo possui um interesse coletivo que sobreleva a tradição de garantias individuais, ainda que não se confunda com processos autoritários. O que se altera, no contexto anglo-saxão é que a noção de processo é coletivizada e não individualizada. Assim a eventual punição do agente ocupa lugares diversos na tradição, especialmente em face das ditas finalidades da pena.

III. Considerações sobre a proposta da Fundação Getulio Vargas

Reconhecendo a inoperância da continuidade do ensino apartado do Direito e do Processo Penal, a Fundação Getulio Vargas – FGV –, por iniciativa das professoras Máira Rocha Machado e Marta Rodrigues de Assis Machado, desenvolveu uma proposta metodológica pela qual o ensino é realizado conjuntamente e “ajuda a visualizar a estratégia de juridicizar um determinado fato (que) pode ser feita de diferentes formas, conjugando normas processuais e materiais em distintos arranjos. Ou seja, para atingir determinados fins, podemos manejar institutos de dois tipos”.³¹ Esse modelo sublinha casos de repercussão social – discriminação racial, o índio “Pataxó”, dentre outros – como “motivos” através dos quais a dimensão penal e processual pode acontecer. Procura do fato obter o desenvolvimento de habilidades, competências e conteúdos de maneira englobante. Com a verificação primeira da possível configuração jurídica, em seguida, parte-se para o contexto processual. O diálogo é mantido mediante o cotejo das possíveis estratégias de acusação, defesa e decisões. Nesse trajeto, os acadêmicos são acometidos de funções diferentes, ou seja, de advogado, promotor de justiça e juiz. Fabricam-se peças processuais. Não se trata de uma mera reprodução dos processos judiciais, nem se preocupa com o acerto do aprendizado, a saber, não se quer o mesmo resultado dos processos judiciais “reais”. A pretensão reside justamente em fazer acontecer um processo paralelo em que o protagonismo dos agentes possa se fazer presente.

O modelo, então, longe de servir à reprodução do ocorrido no processo judicial, desde antes sabido, afinal os processos aconteceram no mundo da vida, busca possibi-

³¹ MACHADO, Rocha Máira; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Do fato ao crime, do crime à pena: o estudo conjunto de Direito Penal e Processo Penal. In: GHIRALDI, José Garcez; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. *Ensino jurídico participativo: construção de programas, experiências didáticas*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

litar leituras diferenciadas, a partir das posições dos intervenientes. Com este empoderamento dos acadêmicos o conteúdo da disciplina deixa de ser, como diria Luis Alberto Warat, despejado na xícara (cérebro) dos alunos para os convidar ao ato de enunciação. De uma forma dinâmica, assim, promove-se o diálogo democrático.

Esse modelo pode ser replicado, com algumas adequações. E aqui talvez resida a possibilidade de um passo a mais. Mas antes vale a pena sublinhar uma constatação e uma perplexidade.

A constatação é apontada por Jean Pierre Lebrun,³² ao marcar que “instituir” significa um lugar de exceção, de primeira vez, de alguma noção de hierarquia que não se perde em consensos horizontais habermasianos, enfim, um lugar de comando no qual a diferença promova um certo respeito pelo dito. Não se trata, claro, de resgatar a legitimidade do lugar autoritário, nem muito menos aceitar a “democracia sem fricções”, onde tudo é deliberado em uma “ética discursiva”. Isso seria desconsiderar que para além do pano de fundo discursivo há normas constitutivas e ideológicas, jogadas no campo do político e econômico. Entretanto, este possível lugar de Referência, anteriormente ocupado pelo Estado, diante do desmonte neoliberal, não pode ser substituído pelo Mercado, como Davos não cansa de dizer que é viável. Essa constatação implica a nova compreensão da função do Estado no ambiente do mercado e o papel de protagonismo do sistema de controle social.

Já a perplexidade acontece com os manuais mais difundidos na graduação. O Direito era famoso por suas Escolas, ou seja, um corpo minimamente sólido de princípios que se articulavam em face de um núcleo essencial, modulada por suas variantes. Falava-se de positivismo e tínhamos expoentes (Kelsen, Hart, Bobbio), Realismos, Formalismos, enfim, uma gama de posições teóricas minimamente compartilhadas. O que se passa hoje é que as Escolas não se articulam mais. Perderam, por assim dizer, seu *glamour*. Contudo, os Manuais de “autoajuda jurídicos” ensinam lugares comuns e articulações teóricas demasiadamente esquemáticas, pelas quais se apontam uma falsa realidade. As alterações do modelo econômico – liberal para neoliberal – não existem. É como se não houvesse uma direta convergência entre o modelo neoliberal, seu direito reflexivo e eficiente, com as recentes reformas do Estado e especialmente do Poder Judiciário. As ficções estruturam a maneira de pensar do direito e de tanto serem repetidas, especialmente pelos manuais de Direito, acabam sendo tidas como verdade. A repetição de um modelo, cuja operacionalidade reside justamente na sua falta de operacionalidade, gera atualmente o cúmulo de que os cursos de direito, embora digam “verdades”, no fundo, sejam vistos como um grande Sítio do Pica-Pau Amarelo, para relemebrar Luis Alberto Warat. Isto é, ainda que se saiba que grande parte das ficções seja de tal ordem, mesmo assim são reproduzidas no dia a dia dos bancos escolares. O resultado é que se desconfia da fraude, do engodo, e talvez resida aí o mal-estar de dar aulas de direito.... Não

³² LEBRUN, Jean-Pierre. *Clínica da instituição: o que a psicanálise contribui para vida coletiva*. Trad. Sandra Chapadeiro. Porto Alegre: CMC, 2009.

se sabe, sem mentir, o que dizer aos acadêmicos. Está-se sem saber qual é o discurso sustentar e a crise está instalada pela angústia.

Os manuais falam de “valores tradicionais”, respeito à honra, à ética, à honestidade, à probidade, à boa-fé, ao trabalho, à legalidade, à democracia. Embora não se esteja totalmente em desacordo quanto a alguns destes pontos, nem os acadêmicos, sabe-se que esse modo de ensinar está em descompasso com a vida prática, enfim, com o mundo que estão prestes a enfrentar ou mesmo já enfrentam. O descompasso gera, neste sentido, um paradoxo. No discurso manifesto defendem-se posturas que não se sustentam no mundo da vida, enquanto no discurso latente sabe-se que a lógica pragmática, da eficiência, do “jeitinho”, de alguma forma precisa ser dita. Daí que o estágio forense seja o lugar para apreender não o direito vivo, mas do “direito do vivo”, do esperto, do mais capaz. As armas que são fornecidas para encarar a vida são modernas e ultrapassadas.

Charles Melman³³ afirma, noutro contexto, mas plenamente aplicável ao caso, de que as coordenadas que se repassa, via tradição democrática, de autonomia do direito, não lhes servem mais para operar e que se acreditarem muito no que se diz, no fundo, ficam enfraquecidos, prejudicados, desarmados e correm o risco de não obterem sucesso social. Uma das chaves hoje é que se procura transmitir “saberes” e não mais “sabe-dorias”. A apreensão dos “operadores do direito” é uma forma mais selvagem, eficiente, de custos e benefícios, enfim, de uma economia pragmática.

Essa postura pragmática impede que se valorize a teoria, dado que somente o que pode ser eficiente ganha espaço no ensino. As teorias perderam seu *status*, ou melhor, elas servem quando importam, sem um sentido de sistema, de coerência. São manipuladas conforme os interesses, os efeitos. O que importa é o que funciona: opera. O saber do professor, como aquele que poderia transmitir “sabedorias”, perde-se em favor dos que demonstram diretamente o que fazer nos casos. As referências teóricas se diluem no contexto de aplicações eficientes. Há um deslocamento da legitimidade dos grandes teóricos para os “resolvedores de problemas específicos”. Antes havia uma teoria que gerava uma consequência, ou seja, decidia-se conforme um sistema. Atualmente a questão se resolve dissociada de uma tradição, bem aponta Lenio Streck.³⁴

Demandam-se, assim, não mais discussões, diálogos, enfim processo como procedimento em contraditório, mas respostas prontas. Espera-se que se apresentem as soluções diretamente. O caminho percorrido para tal solução é tido como enfadonho. Despreza-se a coerência de um sistema em nome dos meios eficientes. A articulação de *standart* e a capacidade de reflexão são desterradas em nome de um prazer repetitivo, pelo qual as facilidades do *semblant* prevalecem.

Daí que a proposta da FGV pode ser aproveitada, desde que ciente de que esta maneira de ensinar não se presta, simplesmente, para o ensino eficiente do Direito,

³³ MELMAN, C. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço; entrevistas por Jean-Pierre Lebrun*. Trad: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

mas deve ir além; deve buscar a compreensão da necessidade de enunciação do sujeito, enfim, das qualidades reflexivas a partir de uma noção englobante, especialmente da importância do pano de fundo econômico e das reformas inspiradas no modelo anglo-saxão. Não se trata, como já sublinhado, de reconhecer que a tradição Continental é melhor ou pior, dado que essa discussão é inoperante. O que importa é que as tradições implicam em práticas e modos de pensar diferenciados. Ainda que não dito, muitas das reformas recentes no ordenamento se deram pela fusão equivocada e irrefletida de tradições jurídicas, trazendo-se, não raro, institutos estranhos ao Direito Continental. Esse comércio de institutos do direito anglo-saxão, todavia, não acontece sem o estabelecimento de uma tensão decorrente da diferença de tradições filosóficas, isto é, de uma matriz causa-efeito, parte-se, sem muita aproximação, para um panorama pragmático, no qual a eficiência prepondera. Nessa perspectiva de diálogo entre tradições diversas é que surgem possíveis justificações teóricas para, dentre outras reformas,³⁵ a (i) sumarização e aceleração³⁶ de procedimentos; (ii) mitigação da obrigatoriedade da ação penal; (iii) possibilidade de negociação monetária (conciliação) e inclusão equivocada da vítima no processo penal;³⁷ (iv) suspensão condicional do processo; (v) aplicação de discursos consequencialistas no campo do direito e processo penal; (vi) discussão sobre os custos do processo e da pena; (vii) restrição recursal (Lei nº 9.099/95); (viii) delação premiada.

O que se precisa superar, de alguma forma, é a compreensão de que o Sistema de Controle Social dará conta dos problemas gerados pela alteração do modo de produção, bem como do discurso expansionista do Direito Penal e de flexibilização das garantias processuais. É necessário superar o que se pode chamar de “Processo Penal do Espetáculo”, movido pela junção equivocada e iludida de esforços. De um lado a Esquerda Punitiva (Karam)³⁸ e de outro a Direita de sempre, defendendo cinicamente os valores da sociedade. O resultado disso é a evidência de uma vontade de punir que precisa, sempre, de novos protagonistas. O produto crime interessa, ainda mais quando um “graúdo” passa a ser o acusado, pois relegitima todo o Sistema. A discussão da segurança pública no contexto democrático precisa rever alguns conceitos que não passaram pela oxigenação democrática advinda da Constituição da República de 1988 e que continuam fazendo vítimas. Não se trata, como querem alguns, de enjeitar todo o Direito Penal, cuja importância simbólica de limite precisa ser reiterada, nem de o endeusar como a salvação das mazelas sociais. Cuida-se, sim, de responder adequadamente ao conclave

³⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³⁶ VIRILIO, Paul. *El ciber mundo, la política de lo peor*. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999; *El procedimiento silencio*. Trad. Jorge Fondebrides. Buenos Aires: Paidós, 2005; *Ciudad pánico: el afuera comienza aquí*. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2006; *La bomba informática*. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999; *Velocidad y política*. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006.

³⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁸ KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, nº 1, p. 79-92, 1996.

democrático de um direito e processo penal que respeite os Direitos Fundamentais, a partir da tão falada e pouco compreendida “dignidade da pessoa humana”. Somente assim pode-se buscar reconstruir a cidadania brasileira, nesta luta de mais de vinte anos de Constituição.

IV. Considerações Finais

A compreensão do Direito em disciplinas com fronteiras bem definidas não se sustenta no contexto atual. Não há mais sentido em estudar a Criminologia dissociada do que se passa no Direito Penal, bem assim com os influxos que isso apresenta no Processo Penal e do modo de produção neoliberal. É preciso, assim, que o enfrentamento da questão genericamente englobada no campo penal possa se dar aberta para um diálogo que não se superponha, mas não se acredite desprovido de vínculos com os demais saberes. Essa ausência de diálogo entre os saberes compostos de disciplinas implica hoje a ausência de coerência entre os temas debatidos nos respectivos locais. Não significa, claro, que se deva buscar uma uniformização do ensino jurídico penal. O que se deve ter em consideração é que o conteúdo ministrado em Criminologia pode facilitar/complicar a compreensão do Direito e do Processo Penal e vice-versa.

Assim é que a proposta apresentada pode, quem sabe, representar um sendero. Não se possui, nem se pode, apresentar um receituário pronto, dado que o conteúdo precisa dialogar com os acadêmicos e ser constantemente reinventado. O espaço da sala de aula precisa ser problematizado com os diversos matizes ideológicos, justamente para propiciar uma escolha por parte do acadêmico e não uma mera adesão irrefletida a uma posição dada. Um dos dilemas atuais do ensino do Direito é relegitimar a característica do sujeito, isto é, a capacidade de analisar, refletir e escolher, com a responsabilidade daí advinda. Especialmente no contexto atual, em que houve uma significativa mutação, em que resta pouco lugar à reflexão e, principalmente, pela assunção de responsabilidades. Há sempre um sujeito implicado nas escolhas e não se pode mais aceitar um puro normativismo de aplicação neutra³⁹ da norma jurídica, como se a aplicação aparentemente legal desresponsabilizasse o sujeito por suas escolhas. Esse dilema contemporâneo implica sublinhar a necessidade de que o sujeito ao enunciar uma proposição – se há enunciação e não mero despejar de enunciados – possa lembrar-se de sua categoria de sujeito e não de mero aplicador universal da norma. Esse é o desafio de um ensino jurídico que ao mesmo tempo que dialogue com a crítica não perca de vista o caráter operacional do

³⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. vi-vii: “Absolver ou condenar acusados criminais não são decisões neutras, regidas pela dogmática como critério de racionalidade, mas exercício de poder seletivo orientado pela ideologia penal, quase sempre ativada por estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, por sua vez desencadeados por indicadores sociais negativos de pobreza, desemprego, marginalização etc. Conhecer as premissas ideológicas do poder punitivo é condição para reduzir a repressão seletiva do Direito Penal, mediante prática judicial comprometida com o valor superior da democracia.”

discurso jurídico. Enfim, a construção de uma dogmática crítica e não alienada parece ser o pressuposto da visão unitária do Sistema Penal. Nessa visão, pois, os saberes se inter cruzam, relacionam-se, inexistindo feudos teóricos, abrindo-se espaço para prática engajada. O que não se pode é continuar na fórmula medieval de Odefredus. A tarefa não cessa de se reinventar, nos legou Lyra Filho e Luis Alberto Warat.

Referências Bibliográficas

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do Direito*. Trad. Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARBEX JR., José; TOGNOLLI, Claudio Julio. *O século do crime*. São Paulo: Boitempo, 1998.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Advogado e mercado de trabalho*. Campinas: Julex, 1988.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *(Re)Forma do Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BATISTA, Nilo. Justiça e linchamento. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, nº 12, p. 163-166, 2002.

BECK, Ulrich. *O que é globalização?* São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BINDER, Alberto M. *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Campomanes: Buenos Aires, 2000.

BIZZOTTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das Normas Constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*. Trad. Maria Lucia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da constituição*. São Paulo: Edipro, 1999.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- COELHO, Edihermes Marques. *Manual de direito penal: parte geral: a dogmática penal numa ótica garantista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 22-23.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.
- GAUER, Ruth M. Chittó. *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JOBIM, Augusto. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder de punir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro, nº 1, p. 79-92, 1996.
- LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEBRUN, Jean-Pierre. *Clínica da instituição: o que a psicanálise contribui para vida coletiva*. Trad. Sandra Chapadeiro. Porto Alegre: CMC, 2009.
- LOPES Jr. Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?* Brasília: Nair, 1984.
- MACHADO, Rocha Maíra; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Do fato ao crime, do crime à pena: o estudo conjunto de Direito Penal e Processo Penal. In: GHIRALDI, José Garcez; VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. *Ensino jurídico participativo: construção de programas, experiências didáticas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELMAN, C. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço; entrevistas por Jean-Pierre Lebrun*. Trad: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

MONDARDO, Dilsa. *20 anos rebeldes: o direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo penal eficiente e ética da vingança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NASSIF, Aramis. *Sentença penal: o desvendar de Themis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método, 2003.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2003.

_____. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

_____. *Law and legal theory in the UK and USA*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *Law and literature*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

_____. *The little book of plagiarism*. New York: Phatheon, 2007.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. *Ensino jurídico para que(m)?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunter; Tiedemann. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 65-66.

SILVA SANCHES, Jesús María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

- SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo*. Trad. José O. de A. Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- VIRILIO, Paul. *El ciber mundo, la política de lo peor*. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999.
- _____. *El procedimiento silencio*. Trad. Jorge Fondebrides. Buenos Aires: Paidós, 2005.
- _____. *Ciudad pánico: el afuera comienza aquí*. Trad. Iair Kon. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2006.
- _____. *La bomba informática*. Trad. Mónica Poole. Madrid: Catedra, 1999; *Velocidad y Política*. Trad. Víctor Goldstein. Buenos Aires: La Marca, 2006.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- WERNECK VIANNA, Luiz. *Esquerda brasileira e tradição republicana: estudos de conjuntura sobre a era FHC-Lula*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Como citar este artigo:

ROSA, Alexandre Moraes da. Direito e Processo Penal juntos? (des)Caminhos do ensino jurídico. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 202-217, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.12>

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FERRAMENTA EFICAZ PARA A AFERIÇÃO DA ILEGITIMIDADE DA INDEVIDA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS, NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

*Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin*¹

RESUMO

O presente artigo busca lançar aportes doutrinários do direito constitucional aplicáveis ao processo penal no Estado Constitucional de Direito. Após uma breve introdução, são trabalhados subsídios teóricos com o objetivo de enaltecer a importância da proteção dos direitos fundamentais da pessoa, e, com isto, efetivar a legitimidade da intervenção estatal (a qual se dá, inclusive, por meio do processo penal na esfera das liberdades e dos direitos individuais), a partir da apreciação do princípio da proporcionalidade. Por fim, são abordados aspectos de diferenciação entre princípio da proporcionalidade proveniente da doutrina alemã e a razoabilidade trabalhada pelos Estados Unidos e Inglaterra.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Princípio da proporcionalidade; processo penal.

ABSTRACT

This essay seeks to expose doctrinal contributions applicable to criminal proceedings in the Constitutional rule of law. After an brief introduction, theorists aspects will be analyzed with the purpose to enhance the importance of individual fundamental rights protection. Moreover, the objective is to emphasize the State's legitimacy of intervention (which is

¹ Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (2014). Doutor em Direito pela PUCRS (2012); Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2000). Professor das disciplinas de Direito Penal, Processo Penal e Prática Jurídica na Faculdade de Direito da PUCRS. Investigador internacional do ICEPS (*International Center of Economic Penal Studies*). Advogado criminal.

even done through the criminal process within the aspects of individual freedoms and rights), taking the proportionality principle as a starting point. Finally, aspects of differentiation between the principle of proportionality from the German doctrine and principle of reasonableness from the United States and England doctrine.

KEYWORDS: Fundamental rights; proportionality principle; criminal process.

O denominado princípio da proporcionalidade adquiriu grande relevância no âmbito do direito penal, vinculado às penas, visível preocupação exposta na obra *Dos delitos e da penas*, de Cesare de Beccaria, em 1764.

Luciano Feldens² aponta como origem do princípio da proporcionalidade a Carta Magna de 1215, bem como lembra que no art. 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 constou que *a lei não deve estabelecer outras penas que não as estrita e evidentemente necessárias*. No campo do Direito Administrativo foi consagrado como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que a sua sedimentação e migração para o Direito Constitucional se deu a partir da formação dos Estados modernos, em especial pelos movimentos de proteção dos direitos humanos, ocorridos na Europa Continental e na América no século XVIII.³

² FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 36-37. No que diz respeito à história do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, merece destaque a contribuição de Fábio de Oliveira. Esse autor sustenta que a sua origem estaria em Aristóteles (quando já apregoava que *o proporcional é o meio-termo, e o justo é o proporcional*), sendo que no sistema da *common law* teve sua raiz na Magna Carta inglesa de 1215. Todavia, adverte que o princípio ganhou diferentes contornos entre a *common law* americana e inglesa, pois na primeira sempre foi marcante a supremacia da Constituição segundo declarada pelos juízes e tribunais, enquanto, para os ingleses, teve preponderância a vontade do legislativo por meio das leis que são fruto da vontade da maioria parlamentar. Na Europa ocidental, com o nome de proporcionalidade, a ideia do princípio surgiu ligada à *teoria do desvio de poder*, por obra do Conselho de Estado da França, na esfera administrativa. A partir daí, o critério da proporcionalidade chega para ser bem recebido em outros países, de acordo com as peculiaridades de cada um, tendo tido acolhida e desenvolvimento na Áustria, Itália, Espanha, Portugal e na Alemanha. A Alemanha ocidental, *e. g.*, desempenhou papel de destaque na constitucionalização do princípio, tanto por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional, quanto da forte produção doutrinária, com base na Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, a qual reconheceu normativamente o paradigma da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade ganhou emprego na aferição da discricionariedade legislativa com fulcro na teoria que o vincula diretamente aos direitos fundamentais, passando a ser considerado um autêntico direito fundamental. Assim, na Alemanha, o princípio da proporcionalidade recebe sede constitucional na previsão do Estado de direito (art. 20, 1 e 3; art. 28, 1, entre outros, da LF) como resultante da proteção ou execução dos direitos fundamentais (art. 2º, da LF, *e. g.*). OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 81-88.

Para alguns autores, *proporcionalidade* e *razoabilidade* são expressões sinônimas; para outros, são conceitos distintos.⁴ Ingo Sarlet⁵ adverte que proporcionalidade e razoabilidade, a despeito de terem pontos comuns, não podem ser equiparados conceitualmente, pois a estrutura metodológica de aplicação da proporcionalidade em três níveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tal como desenvolvida na Alemanha e amplamente recepcionada, não se confunde com o raciocínio utilizado quando da aplicação da razoabilidade.

Propugna-se a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de interpretação constitucional,⁶ e, por força de seu manejo, viabilizar a proteção dos direitos fundamentais, também no universo do processo penal.

Foi na Alemanha, a propósito, que o princípio da proporcionalidade ganhou terreno para se desenvolver, partindo do Direito Administrativo para o Direito Constitucional,⁷ sendo construído a partir de inúmeras decisões judiciais que reco-

⁴ Em caráter de esclarecimento, a propósito, frisa-se que é adotado o entendimento de que as expressões *proporcionalidade* e *razoabilidade* são sinônimas para a identificação do princípio em comento, como o fazem MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 42 ss.; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1997. p. 175 ss.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142. Todavia, há autores que defendem que tais expressões são distintas conceitualmente, dentre eles GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2001. p. 69; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 101-103, 121; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91 ss. Este último autor, a título de ilustração, apregoa quanto à distinção: “É possível distinguir razoabilidade de proporcionalidade. [...] A razoabilidade abarca a proporcionalidade, mas nela não se esgota, porque tem um espectro normativo para além da relação entre *motivo, meio e fim*. Dito de outra maneira: a razoabilidade não se atém apenas ao controle da validade dos atos estatais (sejam ou não restritivos de direitos fundamentais)”. *Ibidem*, p. 97. Igualmente entende que há distinção conceitual: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213-214. Também em ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 159 ss.

⁶ Nesse sentido, a lição de Ingo Sarlet. SARLET; MARINONI; MITIDIERO. *Op. cit.*, p. 212. Com uma abordagem acerca da aplicação hermenêutica do princípio da proporcionalidade em casos concretos e daí a densificação de seu conteúdo e expansão de sua abrangência, vide MENDES; COELHO; BRANCO. *Op. cit.*, p. 143-144.

⁷ Ingo Sarlet indica o direito administrativo prussiano como tendo sido a origem do princípio da proporcionalidade, aduzindo que tem em sua essência a noção de controle dos atos do Poder Público, com a característica de coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos; tendo evoluído, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo das decisões judiciais. Esta evolução, combinando as noções de proporcionalidade e de razoabilidade, acabou por habilitar as pessoas a contestar determinados atos do Estado ofensivos ou restritivos de seus direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito constitucional*. São

nheceram que o legislador não se deve exceder na restrição aos direitos fundamentais, a título de exemplificação.

A Constituição alemã de 1949, no firme afã de tutelar os direitos fundamentais, pondo-os a salvo do arbítrio legalizado, assentou, em seu art. 1º, o caráter vinculante destes direitos para os poderes do Estado, e, em seu art. 19, consagrou o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, ao estatuir que qualquer restrição a eles há de se dar por lei necessária, geral e que não afete seu conteúdo essencial, garantindo ampla possibilidade de tutela jurisdicional em caso de virem a sofrer violações. O Tribunal Constitucional Alemão, assimilando tal preocupação estampada na Constituição alemã, erigiu a proteção e controle às restrições legislativas aos direitos fundamentais no que alude aos três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade da medida restritiva em exame (proporcionalidade em sentido estrito).⁸

Segundo Gilmar Ferreira Mendes,⁹

“no direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”.

Luís Roberto Barroso¹⁰ refere que o princípio da razoabilidade teve sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, originário, este, da Magna Carta de 1215. Por isso, relevante a lembrança de que o princípio do devido processo legal foi marcado pela fase inicial *processual* e por uma segunda fase *material*, sendo que esta se tornou importante instrumento de defesa dos direitos individuais, permitindo o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. A fase processual representava uma garantia voltada à regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Seu campo de incidência recaía principalmente no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo o direito a ter um

Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 212. Luciano Feldens, por sua vez, aponta a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha [BVerfGE 19, 342 (348)], de 1965, como sendo a pioneira na aceitação da estatutura jurídico-constitucional do princípio da proporcionalidade. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81.

⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 46. Vide, igualmente, sobre a temática: FELDENS. Op. cit., p. 82-90. Também em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 43.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 219-220. Vide, sobre o tema, igualmente, OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88.

advogado e o acesso à justiça para as pessoas. Por meio da fase substancial ou material do princípio do *due process of law*, abriu-se espaço para o controle do mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade. Desse modo, a cláusula do devido processo legal permite a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.

Conforme ressaltou Suzana de Toledo Barros,¹¹ o controle de razoabilidade das leis mediante um parâmetro técnico dado pelo princípio da proporcionalidade representou uma virada científica de grande repercussão junto aos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Itália e Áustria, irradiando-se mais recentemente ao Brasil, por intermédio da forte influência dos constitucionalistas portugueses na doutrina e jurisprudência nacionais.

A título de informação, na Itália, o controle da constitucionalidade das leis foi introduzido, de forma explícita, em 1948, porém, somente em 1953 foi regulamentado. Segundo Suzana de Toledo Barros,¹² a proteção dos direitos fundamentais na justiça italiana processa-se na via ordinária e o controle de constitucionalidade das leis que devam ser aplicadas a um determinado caso é alcançado por um procedimento incidental, produzido por uma *ordinanza de reenvio*, o que significa que o juiz *a quo* ordena a remessa dos autos ao Tribunal Constitucional para a solução da questão prejudicial, ao mesmo tempo em que suspende o curso do processo. O impedimento do Tribunal Constitucional de examinar o poder discricionário do legislador foi desde logo atenuada pela recepção da doutrina constitucional alemã pelo Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos do qual a Itália é signatária.

Como se sabe, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão foi de grande significado no desenvolvimento do princípio da proporcionalidade. Em julgado de 1971, restou definido que

“[...] o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portadora de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.¹³

Comenta Luís Roberto Barroso¹⁴ que essa decisão indicou a presença de outro requisito qualificador da razoabilidade-proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade, conhecido como *princípio da menor ingerência possível*, também conhecida pela expressão *proibição de excesso*.

¹¹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 48.

¹² *Ibidem*, p. 49.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 227.

¹⁴ *Ibidem*, p. 227-228. A decisão é mencionada pelo autor: BVerfGE, 30, 292 (316).

Na Espanha, por sua vez, a recepção do Direito Constitucional alemão é mais recente, em face da longa ditadura de Franco (1936 a 1975). O princípio da proporcionalidade foi construído e positivado, durante a ditadura de Franco, no Direito Administrativo espanhol, como limitação à intervenção administrativa sobre as esferas jurídico-privadas. Quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade, *e. g.*, viabilizou-se com a promulgação da Constituição de 1978, a qual previu um sólido sistema de proteção aos direitos fundamentais, deixando expresso o seu caráter vinculante e a necessidade que a respectiva legislação regulamentadora respeite o seu conteúdo essencial. Como leciona Suzana de Toledo Barros,¹⁵ a falta de positivação do princípio da proporcionalidade na Espanha não foi empecilho para o seu reconhecimento de parte do Poder Judiciário no controle de eventuais excessos do legislador, dada a forte influência doutrinária alemã naquele país, bem como em face da incidência do Convênio Europeu de Direitos Humanos, considerado como norma integrativa da Constituição, sendo que os arestos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos são, em grande medida, assimilados pela jurisprudência daquele país.

Modernamente, entende-se que o Poder Judiciário, ao realizar a necessária ponderação entre os direitos fundamentais em conflito, deve proceder caso a caso, no propósito de valorar em que medida uma liberdade deve ceder passo à outra. Nesse contexto, deve estar sempre presente, para o órgão julgador, o requisito da proporcionalidade.¹⁶

Como visto, um dos enfoques estruturais do Estado Constitucional de Direito é a limitação do poder estatal, sendo que as intervenções no âmbito dos direitos fundamentais são com ele compatíveis quando ocorrerem de maneira moderada e não violarem o “núcleo essencial” dos direitos restringidos, de modo injustificado. Esse é, na visão de Cláudio Pereira de Souza Neto,¹⁷ o conteúdo substantivo do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, segundo o qual somente as restrições “adequadas”, “necessárias”, e “justificadas” são compatíveis com a Constituição.

Comunga-se com a doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto,¹⁸ no sentido de que tal princípio possui natureza (além de formal, também) *material*. Portanto, integra e compõe a essência do Estado Constitucional e é parâmetro para a “aferição da própria

¹⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 52.

¹⁶ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 87. Também em MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143-144.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Op. cit. p. 29-30. Também neste sentido, ver MENDES; COELHO; BRANCO. Op. cit., p. 143.

¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 30-31. Paulo Bonavides chega a elevar o princípio da proporcionalidade ao patamar de um *princípio geral de direito*. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 364.

constitucionalidade material dos atos estatais”, incluindo neles, por evidente, as decisões judiciais proferidas no processo criminal.

Luciano Feldens¹⁹ indica que na doutrina e jurisprudência alemãs, a proporcionalidade é tida como *princípio inerente ao Estado de Direito*, consubstanciando-se em uma das *garantias básicas* que devem ser observadas em todo caso onde estejam periclitando direitos e liberdades fundamentais, qualificando-se, deste modo, como máxima constitucional. No Brasil, recorda o autor, o Supremo Tribunal Federal inclina-se por conceber a proporcionalidade como postulado constitucional que encontra a sua raiz material no princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), em sua perspectiva substancial.

Como muito bem asseverou Gilmar Mendes,²⁰

“[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.

É possível visualizar o princípio da proporcionalidade, pois, a partir de um duplice enfoque, tanto como um critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção. Da noção de proteção e defesa, o princípio também avançou para a correção de omissões relevantes do Estado, correspondendo tanto à função de proibição de excesso quanto da de proibição da proteção suficiente, ambas com inegável relevância jurídico-social.²¹

Em realidade, não se pretendeu, aqui, nos lindes desse artigo acadêmico, esgotar a análise sobre o princípio da proporcionalidade, mas, tão-somente, reconhecer nele uma importante ferramenta para a identificação da ilegitimidade de toda a restrição abusiva ou indevida na esfera dos direitos fundamentais e das garantias da pessoa, de modo desequilibrado, imoderado, desnecessário, desmedido. Muito especialmente no processo penal, palco onde desfilam a pretensão acusatória estatal (de um lado) e a pretensão de resistência do acusado e de sua defesa técnica.

Os direitos fundamentais, quanto à forma de seu exercício, podem entrar em conflito. Portanto, cabe ao Poder Judiciário não somente a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a solução do conflito entre eles, muitas vezes optando por uns em detrimento de outros, diante do caso concreto. A dirimência desse conflito se constitui em um dos modernos papéis exercidos pelo Judiciário na sociedade pós-moderna.

¹⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 81-82.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

²¹ Vide em SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213-214.

Basta que se coloquem tais direitos lado a lado, para se concluir que pode haver conflito entre ambos, de modo que tais direitos não poderão ser compreendidos como absolutos, nem será suficiente delimitar seu âmbito de proteção. Trata-se de normas de direitos fundamentais diferentes, atribuídos a titulares diversos, que podem colidir na aplicação.²²

Os conflitos se explicam, em boa medida, pelo reflexo, no texto constitucional, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e se harmonizar em uma sociedade plural. A coexistência dessas pretensões acarreta, portanto, colisões entre diferentes comandos constitucionais, embora imbuídos de igual hierarquia.²³ Diante disso, importante a compreensão dos limites.

A noção de limites dos direitos fundamentais não pode soar estranha, nem se restringe às hipóteses de restrições expressamente previstas e delimitadas no texto constitucional. Como sustenta Luis Gustavo Grandinetti de Carvalho,²⁴ quando a Constituição habilita o legislador a limitar um direito fundamental, deve-se entender que não o faz somente para proteger o bem a que alude, mas também para impor outras limitações, desde que justificadas pela proteção dos demais direitos fundamentais e dos bens constitucionalmente reconhecidos.

O risco dessa concepção, no entanto, é o de se admitir uma “pura ponderação entre valores ou princípios opostos, baseada em critérios verdadeiramente decisionistas”.²⁵ Que a solução de conflitos entre direitos fundamentais depende de uma ponderação entre os interesses em choque parece ser consenso. Há que se estabelecer, porém, um esquema metodológico que permita evitar atribuição arbitrária de maior ou menor valor a um dos direitos em tensão.

A superação dessa insegurança se pode obter através de uma jurisprudência constitucional (e criminal) orientada racionalmente pela máxima da proporcionalidade.²⁶

Na lição de J. J. Gomes Canotilho,²⁷ entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar este fim deve buscar uma indelével conexão material de meios e fins.

²² ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 2, nº 17, p. 70, 1999.

²³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº 15, p. 6, jan./mar. 2007.

²⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 26.

²⁵ BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 176.

²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 325.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 488.

O chamado princípio da proporcionalidade compreende três subprincípios ou momentos metodológicos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.²⁸

Inicialmente, verificando o pressuposto da adequação, deve o intérprete aferir se a medida questionada representa o meio certo para realização de um fim. Examina-se a conformidade ou validade do fim, verificando-se se a medida é suscetível de atingi-lo.²⁹ O pressuposto da adequação exige, pois, que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos.³⁰

O segundo passo metodológico ou pressuposto a examinar, de acordo com o princípio da proporcionalidade, é o da necessidade, amparado na inexistência de meio mais ameno, menos interventor.³¹ De acordo com a exigência da necessidade, de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão.³²

Finalmente, há que se perquirir sobre a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada razoabilidade. Mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.³³ Por razoável deve-se entender tudo aquilo que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia;³⁴ o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum;³⁵ aos valores vigentes em dado momento ou lugar.³⁶

A proporcionalidade em sentido estrito traduz-se na justa medida.³⁷ Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa

²⁸ Esses três subprincípios, enquanto classificação, derivados do princípio da proporcionalidade, encontram acolhida doutrinária, como se observa, *e. g.*, na obra de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 213; OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97 ss. Vide, igualmente, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 396-397. Vide, igualmente, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 43.

³¹ WEINGARTNER, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 133. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82-83.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 397.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXI (Separata), p. 365, 2005.

³⁴ BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. p. 485.

³⁵ QUINTANA, V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987. p. 122.

³⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e constituição: o devido processo legal*. Belo Horizonte: UFMG, s.d. p. 90.

³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 457. FELDENS. *Op. cit.*, p. 85.

ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos.³⁸ Exigir-se-á, pois, que o sacrifício imposto a um dos direitos fundamentais possa ser compreendido como medida ponderada, equilibrada, temperada pelo bom senso.³⁹

A aplicação do princípio da proporcionalidade, assim, deve servir de critério prático para resolução de casos de colisão entre normas de natureza constitucional; de acordo com o princípio da proporcionalidade, que deve regular a ponderação entre interesses quando conflituarem, quanto maior for a intensidade da compressão dos direitos fundamentais em presença, tanto maior deverá ser o peso das razões de interesse público mobilizadas para a sua justificação.⁴⁰

Com efeito, com enorme utilidade na presença de casos concretos, mediante indispensável ponderação entre o interesse público e o privado, norteadas sempre pelo princípio da proporcionalidade em seus três diferentes momentos, sendo este princípio de inegável relevo no cenário do processo penal e nas decisões nele proferidas.

Nesse contexto, as decisões judiciais proferidas no processo penal devem guardar a observância possível do princípio da proporcionalidade, pois dessa forma estarão revestidas de legitimidade formal e material. Essa constatação ganha relevo sempre que a decisão judicial importar em restrição a direito fundamental do réu, e.g., a decisão que decreta medidas cautelares pessoais ou reais, dentre outras.

A atuação do Poder Judiciário deverá implicar na mínima restrição necessária aos direitos fundamentais e às garantias do demandado, com vistas à consecução do fim ao qual se propõe a decisão processual penal. Em outras palavras, a decisão judicial deverá colimar a máxima efetividade com a menor restrição possível aos direitos fundamentais e às garantias do acusado, e essa bússola é orientada pelo princípio da proporcionalidade, mesmo que a averiguação de tal medida dependa do exame do caso concreto e de suas circunstâncias.

Acaso a decisão judicial, proferida em sede de processo penal, importe em violação ou descumprimento do princípio da proporcionalidade (inegavelmente presente no arcabouço constitucional do Estado brasileiro), a consequência será a da sua invalidade, reflexo de magnitude no terreno das nulidades processuais. Ou seja, a violação ao princípio da proporcionalidade pode servir de fundamento (ou de *ratio decidendi*) para o decreto de invalidade da decisão exarada no seio de um processo penal, e que o tenha descumprido.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999. p. 44.

³⁹ Assevera Willis Santiago Guerra Filho que uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que acarrete superarem as desvantagens. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989. p. 75.

⁴⁰ MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139.

Esse é um interesse caminho para que o princípio da proporcionalidade adquira força normativa, saindo do campo da abstração e encontrando vida e efetividade, o que resultará no fortalecimento da própria estrutura do Estado Constitucional de Direito e do processo penal democrático que lhe deve ser correspondente.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal*. Belo Horizonte: UFMG, s.d.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 15, p. 6, jan./mar. 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1997.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1989.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 2001.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de programação televisiva: notas sobre os seus limites constitucionais negativos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma teoria dos princípios*. O princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUINTANA, V. Linares. *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WEINGARTNER, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

Como citar este artigo:

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. O princípio da proporcionalidade como ferramenta eficaz para a aferição da ilegitimidade da indevida restrição a direitos fundamentais, no âmbito do processo penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 218-229, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.11>

QUANDO CINDERELA TERÁ SUAS PRÓPRIAS ROUPAS? A NECESSÁRIA RECUSA À TEORIA GERAL DO PROCESSO

*Aury Lopes Jr.*¹

RESUMO

O Direito Processual Penal possui categorias jurídicas próprias, diferenciadas do Direito Processual Civil, não desvelando, uma teoria geral única, todo o fenômeno do primeiro. Necessidade do processo, liberdade, relação de poder, acusação, conteúdos diferenciados de ação e jurisdição, requisitos das cautelares e das nulidades, são alguns exemplos da necessidade de recusa de uma teoria geral.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Teoria Geral Própria. Categorias Jurídicas Específicas.

ABSTRACT

The Criminal Procedure Law has its own, different legal categories of Civil Procedure, revealing not a single general theory, the whole phenomenon of the first. Need process, freedom, power relationship, prosecution, differentiated contents of action and jurisdiction, and the requirements of the precautionary nonentities, are some examples of the need for refusal of a general theory.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law. Own General Theory. Specific Categories Legal.

Era uma vez três irmãs, que tinham em comum, pelo menos, um dos progenitores: chamavam-se a ciência do Direito Penal, a ciência do Processo Penal e a ciência do Processo Civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as demais, que eram belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante mui-

¹ Doutor em Direito Processual Penal pela *Universidad Complutense de Madrid*. Professor Titular de Direito Processual Penal da PUCRS. Professor Titular no Programa de Pós-Graduação em Ciências Penais, Mestrado e Doutorado da PUCRS. <www.aurylopes.com.br>.

to tempo, dividiu com a primeira o mesmo quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções.

Assim começa Carnelutti, que com sua genialidade escreveu em 1946 um breve, mas brilhante, artigo (infelizmente pouco lido no Brasil), intitulado “Cenerentola”² (a Cinderela, da conhecida fábula infantil).

O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. Durante muito tempo, foi visto como um mero apêndice do Direito Penal. Evolui um pouco rumo à autonomia, é verdade, mas continua sendo preterido. Basta ver que não se tem notícia, na história acadêmica, de que o processo penal tivesse sido ministrado ao longo de dois anos, como costumeiramente o é o Direito Penal. Se compararmos com o processo civil então, a distância é ainda maior.

Mas, em relação ao Direito Penal, a autonomia obtida é suficiente, até porque, como define Carnelutti, delito e pena são como cara e coroa da mesma moeda. Como o são Direito Penal e Processual Penal. Mas o problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela). A irmã favorita aqui, corporificada pelo processo civil, tem uma superioridade científica e dogmática inegável.

Tinha razão Bettiol, como reconhece Carnelutti,³ de que assistimos inertes a um *pancivilismo*. E isso nasce na academia, com as famigeradas disciplinas de “Teoria Geral do Processo”, tradicionalmente ministradas por processualistas civis que pouco sabem e pouco falam do processo penal e, quando o fazem, é com um olhar e discurso completamente viciado.

Nessa linha, no Brasil, entre os pioneiros críticos está Tucci, que principia o desvelamento do fracasso da Teoria Geral do Processo a partir da desconstrução do conceito de *lide* (e sua conseqüente irrelevância) para o processo penal, passando pela demonstração da necessidade de se conceber o conceito de *jurisdição penal* (para além das categorias de jurisdição voluntária e litigiosa) e o próprio repensar a ação (ação judiciária e ação da parte).

Aponta o autor, ainda criticando a Teoria Geral do Processo, que “esse, aliás, foi um dos (poucos, raros) aspectos negativos da grandiosa obra de José Frederico Marques, ao transplantar (sem, ou, às vezes, com modestos, avaros, retoques) institutos de processo

² Originariamente publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1, parte 1, p. 7378. Em espanhol, foi publicado com o título “La Cenicienta”, na obra *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, p. 1521.

³ Carnelutti teve uma produção científica bastante ampla, prolixa até, escrevendo do Direito Comercial ao Direito Penal, passando pelo Processo Civil e pelo Processo Penal. Natural que cometesse, como de fato cometeu, diversos tropeços nessa longuíssima caminhada dogmática. Também caiu diversas vezes em contradição. Em casos assim, é preciso conhecer também o autor das obras, para não fazer equivocados juízos *a priori*. Fazemos essa advertência porque, em que pese no final da vida ter feito verdadeiras declarações de amor ao Direito Penal e ao Processo Penal, lutando por sua evolução e valorização, também foi ele um defensor da equivocada Teoria Unitária (Teoria Geral do Processo), pensando ser o conceito de *lide* algo unificador. Logo, *la cenicienta* deve ser compreendida nesse contexto (e nesses conflitos científicos que ele mesmo vivia).

civil para o processo penal, numa nítida adaptação dos *Elementos de direito processual penal* às *Instituições de direito processual civil* [...] incorporando-se numa prolixa e confusa concepção, que poderia ser denominada *teoria civil do processo penal* [...]”.⁴

Como adverte Coutinho,⁵ outro antigo crítico da Teoria Unitária, “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”. Ou seja, pensam tudo desde o lugar do processo civil, com um olhar viciado, que conduz a um engessamento do processo penal nas estruturas do processo civil.

Todo um erro de pensar, que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida. É a velha falta de respeito, a que se referia Goldschmidt, às categorias jurídicas próprias do processo penal.

Contudo, há chegado o momento (e se vão mais de 60 anos do trabalho de Carnelutti) de desvelar a diversidade fenomenológica (e metodológica) das *duas irmãs processuais*⁶ e compreender que o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, e que não mais se contenta em usar as vestes da irmã.

Como explica Carnelutti, o processo civil é, nove de cada dez vezes, um processo de sujeitos que “têm”, e, quando um dos dois não tem, aspira muito “ter”. É o processo do “meu” e do “teu”, o que está em jogo é a propriedade, é uma relação coisificada, diria Simmel⁷ (muito antes e muito além dos juristas).

O processo civil é o cenário da riqueza (de quem possui), ao passo que no processo penal, cada vez mais, é o processo *de quem não tem*, do excluído. Isso contribui para o estigma da gata borralheira, mas não justifica.

No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar da coisa, pensase na liberdade, de quem, tendo, está na iminência de perder, ou que já não tendo pode recuperá-la ou perdê-la ainda mais. Trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado. Como adverte Carnelutti, é com a liberdade o que verdadeiramente se joga no processo penal. “*Al juez penal se le pide, como al juez civil, algo que nos falta y de lo cual no podemos prescindir; y es mucho más grave el defecto de libertad que el defecto de propiedad.*”

Significa dizer que ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal “bem da vida” como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo. Para

⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*, p. 54.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 119.

⁶ No mesmo sentido, Andres De La Oliva Santos, na obra coletiva *Derecho Procesal Penal*, p. 51.

⁷ Aqui estamos fazendo alusão ao complexo pensamento de Simmel, quando, já em 1896, escreveu sobre *O dinheiro na cultura moderna*, demonstrando o processo de coisificação da humanidade. Importante, ainda, a leitura de Ruth Gauer (*O reino da estupidez e o reino da razão*, p. 146 e ss.), quando, abordando Simmel, explica que a “morte do homem” foi diagnosticada quando o autor analisou o papel do dinheiro na sociedade e a separação entre as culturas subjetiva e objetiva. Essa coisificação do ser humano levou ao domínio da coisa sobre o homem. Como explica Gauer, o dinheiro é o Deus moderno, onipotente e onipresente, uma unidade e referência, que une a todos. “Sua busca é a sua falta, produz o ritmo nervoso e o estresse da vida moderna. Que novo tipo de vida o dinheiro constitui?”

o autor, tanto ao juiz penal como ao juiz civil, compete dar a cada um o seu. A (imensa) diferença está em que no penal é dispor do próprio “ser”, ao passo que no civil é o “ter”.

Não se pode esquecer, ainda, como adverte certamente Cirino dos Santos,⁸ que

“[...] o processo penal não se constitui processo de partes *livres e iguais* – como o processo civil, por exemplo, dominado pela *liberdade* de partes, em situação de *igualdade* processual –, mas uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados”.

São a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal.

Em relação ao Direito Penal, a autonomia obtida é suficiente, até porque, como define Carnelutti, delito e pena são como cara e coroa da mesma moeda. Como o são Direito Penal e Processual Penal, unidos pelo “princípio da necessidade”⁹ – *nulla poena sine iudicio* – tão bem definido por Gomez Orbaneja. O Direito Civil se realiza todo dia sem Processo Civil (negócios jurídicos etc.), pois é autoexecutável, tem realidade concreta. O Direito Civil só chama o Processo Civil quando houver uma lide, *carnelutianamente* pensada como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Já no campo penal tudo é diferente. O Direito Penal não é autoexecutável e não tem realidade concreta fora do processo. É castrado. Se alguém for vítima de um crime, a pena não cai direta e imediatamente na cabeça do agressor. O Direito Penal não tem eficácia imediata e precisa, necessariamente, do Processo Penal para se efetivar, pois o processo é um caminho necessário e inafastável para chegar na pena.

E não se invoquem as causas de exclusão da ilicitude ou culpabilidade para dizer que são manifestações da autoexecutividade do direito penal porque é uma premissa equivocada. As causas de ‘exclusão’, como o próprio nome diz, afastam um elemento fundante da própria existência do ‘crime’, portanto, são elementos negativos. Não é a realização do direito penal, mas obstáculos à existência do crime. E, mesmo elas, somente terão sua plena existência quando reconhecidas no processo.

Por isso, o princípio da necessidade demarca uma diferença insuperável entre penal e civil. Vejamos alguns rápidos exemplos (existe muito mais...) da (dis)torção conceitual e absurdos processuais realizados em nome da Teoria Geral do Processo:

- a) No Processo Penal, *forma é garantia e limite de poder*, pois aqui se exerce o poder de punir em detrimento da liberdade. É um poder limitado e condicionado, que precisa se legitimar pelo respeito às regras do jogo. Logo, não se deve

⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 655.

⁹ Sobre o tema e demais fundamentos do processo penal, consultar nossa obra *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

importar a tal ‘instrumentalidade das formas’ e ‘informalismo processual’, pois aqui o fenômeno é completamente diferente.

- b) Precisamos abandonar as *teorias da ação*, pois tudo o que se escreveu desde a polêmica Windscheid-Muther, passando pelas teorias da ação como direito abstrato (Plosz), como direito concreto (Wach) ou direito potestativo (Chiovenda) não pode ser aplicado ao processo penal sem muito ajuste, muita costura, quase uma roupa nova. Como afirmar que ação é um direito público, abstrato e autônomo? Se for assim, alguém pode processar alguém diretamente, sem nada de provas, de forma totalmente autônoma e abstrata? No processo civil, sim. No processo penal, nem pensar, pois é preciso desde logo demonstrar um mínimo de concretude, de indícios razoáveis de autoria e materialidade. E o juízo de mérito, ainda que superficialmente, é feito desde logo. Portanto, os conceitos de autonomia e abstração têm que ser repensados, senão completamente redesenhados. Mais do que isso, penso que precisamos elaborar uma ‘teoria da acusação’, adequada à realidade do processo penal.
- c) Dizer que as *condições da ação* no Processo Penal são interesse e possibilidade jurídica do pedido é um erro, repetido sem maior reflexão por grande parte da doutrina. Como falar em ‘interesse’ se aqui a regra é a necessidade? Discutir ‘interesse de agir’ e outros civilismos é desconhecer o que é processo penal. Pior é tentar salvar o ‘interesse’ através do entulhamento conceitual, atribuindo um conteúdo a essa categoria que ela não comporta. Esse é o erro mais comum: para tentar salvar uma inadequada categoria do Processo Civil, vão metendo definições que extrapolam os limites semânticos e de sentidos possíveis. Para salvar uma categoria inadequada não fazem outra coisa que matá-la, mas mantendo o mesmo ‘nome’, para fazer jus a ‘teoria geral’. E a tal “possibilidade jurídica do pedido”? O que é isso? Outra categoria inadequada, até porque, no processo penal, o pedido é sempre o mesmo... Mas e o que fazer para salvar um conceito erroneamente transplantado? Entupo-o de coisas que não lhe pertencem. Falam em suporte probatório mínimo, em indícios razoáveis de autoria e materialidade etc., ou seja, de outras coisas, que nada têm a ver com possibilidade jurídica do pedido. Enfim, temos que levar as condições da ação a sério, para evitar essa enxurrada de acusações infundadas que presenciamos, servindo apenas para estigmatizar e punir ilegitimamente. Juízes que operam na lógica civilista não fazem a imprescindível ‘filtragem’ para evitar acusações infundadas. A TGP estimula o acusar infundado (afinal, é direito ‘autônomo e abstrato’) e o recebimento burocrático, deixando a análise do ‘mérito’ para o final, quando, no processo penal, *ab initio* precisamos demonstrar o *fumus commissi delicti* (abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal, diria Jacinto Coutinho).

- d) *Lide penal?* Outro conceito imprestável e que não faz qualquer sentido aqui. Inclusive, é um erro falar em ‘pretensão punitiva’, na medida em que o Ministério Público não atua no processo penal como ‘credor’ (cível) que pede a adjudicação de um direito próprio. Ao MP não compete o poder de punir, mas de promover a punição. Por isso, no processo penal não existe lide, até porque não existe ‘exigência punitiva’ que possa ser satisfeita fora do processo (de novo o princ. da necessidade). O MP exerce uma ‘pretensão acusatória’ e, o juiz, o pode condicionado de punir. Sobre o objeto do processo, trataremos adiante.
- e) *E o conceito de jurisdição?* Tem outra dimensão no processo penal, para além do poder-dever, é uma garantia fundamental, é limite de poder, é fator de legitimação, sendo que o papel do juiz no Processo Penal é distinto daquele exercido no processo civil. Por isso, a garantia do juiz natural é mais sensível aqui, até porque, o juiz é o guardião da eficácia do sistema de garantias da constituição e que lá está para limitar poder e garantir o débil submetido ao processo. Dessarte, grave problema existe na matriz da TGP e suas noções de competência relativa e absoluta, desconsiderando que no processo penal não há espaço para a (in)competência relativa. É por isso que estão manipulando a competência no Processo Penal, esquecendo que o direito de ser julgado pelo ‘meu juiz’, competente em razão de matéria, pessoa e (principalmente) lugar, é fundamental. A dimensão do julgamento penal é completamente diferente do julgamento civil, pois não podemos esquecer que o ‘caso penal’ é uma lesão a um bem jurídico tutelado em um determinado lugar. Ou alguém vai dizer que o fato de um júri ser na cidade “A” ou na cidade “B” é irrelevante? Óbvio que não. Mas o que sabe a TGP de crime e júri?
- f) *Juiz natural e imparcial.* A estrutura acusatória ou inquisitória do processo penal (como veremos adiante) é um dos temas mais relevantes e diretamente ligado ao princípio supremo do processo: a imparcialidade do julgador. A posição do juiz é fundante no Processo Penal, desde sua perspectiva sistêmica (e, como tal, complexa) para garantia da imparcialidade. Como ensinam os mais de 30 anos de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, juiz que vai atrás da prova está contaminado e não pode julgar. Trata-se de uma preocupação específica do processo penal e desconhecida pela processo civil e a TGP.
- g) *Juiz natural e imparcial II.* A prova da alegação incumbe a quem alega? Claro que não! No Processo Penal não existe ‘distribuição de carga probatória’, senão ‘atribuição’ integral ao acusador, pois operamos desde algo que os civilistas não conhecem e tampouco compreendem: presunção de inocência.
- h) *Juiz natural e imparcial III:* Julgar em dúvida razoável é um dilema, especialmente quando os adeptos da TGP resolvem ‘distribuir’ cargas probatórias e, em dúvida, resolvem ‘ir atrás da prova’. Pronto, está criado o problema.

O ativismo judicial mata o Processo Penal. Juiz ator, que vai atrás da prova, desequilibra a balança, mata o contraditório e fulmina a imparcialidade. Sim, aqui a situação é bem complexa...Então o que fazer? Compreender que no processo penal muita gente queimou na fogueira (a TGP não conhece Eymerrich e o *Directorum Inquisitorum*) para chegarmos no *in dubio pro reo*. Sem compreender esse complexo ‘caldo cultural’ e os valores em jogo, especialmente o *in dubio pro reo*, como regra de julgamento, e a presunção de inocência, como regra de tratamento, é impossível analisar a questão.

- i) “*Fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”? É impactante ver um juiz (de)formado pela TGP decretar uma prisão preventiva porque presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Ora, quando alguém é cautelarmente¹⁰ preso é porque praticou um fato aparentemente criminoso. Desde quando isso é ‘fumaça de bom direito’? Crime é bom direito? Reparem no absurdo da transmissão de categorias! E qual é o fundamento da prisão? Perigo da demora? O réu vai ‘perecer’? Claro que não... Mas não faltará alguém para — incorrendo em grave reducionismo — dizer que é apenas ‘palavra’. Mais um erro. Para nós, no Direito Penal e Processual Penal, palavra é limite, palavra é legalidade, as palavras ‘dizem coisas’ e nós trabalhamos de lupa em cima do que diz a palavra e do que o intérprete diz que a palavra diz. Logo, nunca se diga que é ‘apenas’ palavra, pois a palavra é tudo.
- j) *Poder geral de cautela*? De vez em quando algum juiz ‘cria’ medidas restritivas de direitos fundamentais invocando o CPC (!) e o ‘poder geral de cautela’ (ilustre desconhecido para o CPP). Mais um absurdo de quem desconhece que o sistema penal se funda no Princípio da Legalidade, na reserva de lei certa, taxativa e estrita. Não se admite criar ‘punição’ por analogia! Sim, mas é isso que fazem os que operam na lógica da TGP.
- k) *Vou decretar a revelia do réu!* Não raras vezes ouvimos isso em uma audiência. Gostariamos de perguntar: vai inverter a carga da prova também, Excelência? Elementar que não. A categoria ‘revelia’ é absolutamente inadequada e inexistente no processo penal, sendo figura típica do processo civil, carregada de sentido negativo, impondo ainda a ‘presunção de veracidade’ sobre os fatos não contestados e outras consequências inadequadas ao processo penal. A inatividade processual (incluindo a omissão e a ausência) não encontra qualquer tipo de reprovação jurídica. Não conduz a nenhuma presunção, exceto a de inocência, que continua inabalável. O não agir probatório do réu não conduz a nenhum tipo de punição processual ou presunção de culpa. Não existe um dever de agir para o imputado para que se lhe possa punir pela omissão.¹¹

¹⁰ LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹ Sobre essa e as demais questões mencionadas neste tópico, sugerimos a leitura de nossa obra *Direito processual penal*, publicada pela editora Saraiva, onde esses temas são tratados com mais profundidade.

- l) *Esse recurso especial/extraordinário não tem efeito suspensivo!* Até recentemente, por culpa da TGP, as pessoas eram ‘automaticamente’ presas ao ingressar com esses recursos, porque a Lei nº 8.038 (civilista...) diz que tais recursos não têm efeito suspensivo. Mas desde quando prender alguém ou deixar em liberdade está situado na dimensão de efeito recursal? Desde nunca! É um absurdo gerado pela cultura da TGP, que desconhece a presunção de inocência!
- m) *Nulidade relativa.* Essa é a fatura mais alta que a TGP cobra do processo penal: acabaram com a teoria das nulidades pela importação do pomposo *pas nullité sans grief*. Tão pomposo quanto inadequado e danoso. Iniciemos por um princípio básico – desconhecido pela TGP, por elementar: *forma é garantia*. O ritual judiciário está constituído, essencialmente, por discursos e, no sistema acusatório, forma é garantia, pois Processo Penal é exercício de poder e todo poder tende a ser autoritário. Violou a forma? Como regra, violou uma garantia do cidadão. E o tal ‘prejuízo’? É uma cláusula genérica, de conteúdo vago impreciso e indeterminado, que vai encontrar referencial naquilo que quiser o juiz (autoritarismo-decisionismo-espacos impróprios de discricionariedade, conforme Lenio Streck). Como dito, no processo penal existe exercício condicionado e limitado de poder, sob pena de autoritarismo. E esse limite vem dado pela ‘forma’. Portanto, flexibilizar a forma, é abrir a porta para que os agentes estatais exerçam o poder sem limite, em franco detrimento dos espacos de liberdade. É rasgar o Princípio da Legalidade e toda a teoria da tipicidade dos atos processuais. É rasgar a Constituição. Por culpa da TGP, está chancelado o vale-tudo processual. O decisionismo se legitima na TGP. Eu-tribunal anulo o que eu quiser, quando eu quiser. E viva a teoria geral do processo!

Portanto, em rápidas pinceladas está demonstrada (e desenhada) a necessidade de se recusar a Teoria Geral do Processo e assimilar o necessário respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal.

Voltando ao início *carneletiano*, Cinderela é uma boa irmã e não aspira a uma superioridade em relação às outras, senão, unicamente, a uma afirmação de paridade. O Processo Civil, ao contrário do que sempre se fez, não serve para compreender o que é o Processo Penal: *serve para compreender o que não é*. Daí porque, com todo o respeito, basta de Teoria Geral do Processo.

Referências

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Librería del Foro, 1960.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

GAUER, Ruth. *O reino da estupidez e o reino da razão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. *Prisões cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

OLIVA SANTOS, Andres de La (Coord.). *Derecho procesal penal*. Madri: CEURA, 1997.

SIMMEL, Georg. O dinheiro na cultura moderna. In: SOUZA, Jessé; ÖELZE, Berthold (Orgs.). *Simmel e a modernidade*. Brasília: UnB, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 256.

Como citar este artigo:

**LOPES JR., Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 230-237, 2015.
<http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.13>**